

Andreas Salfer

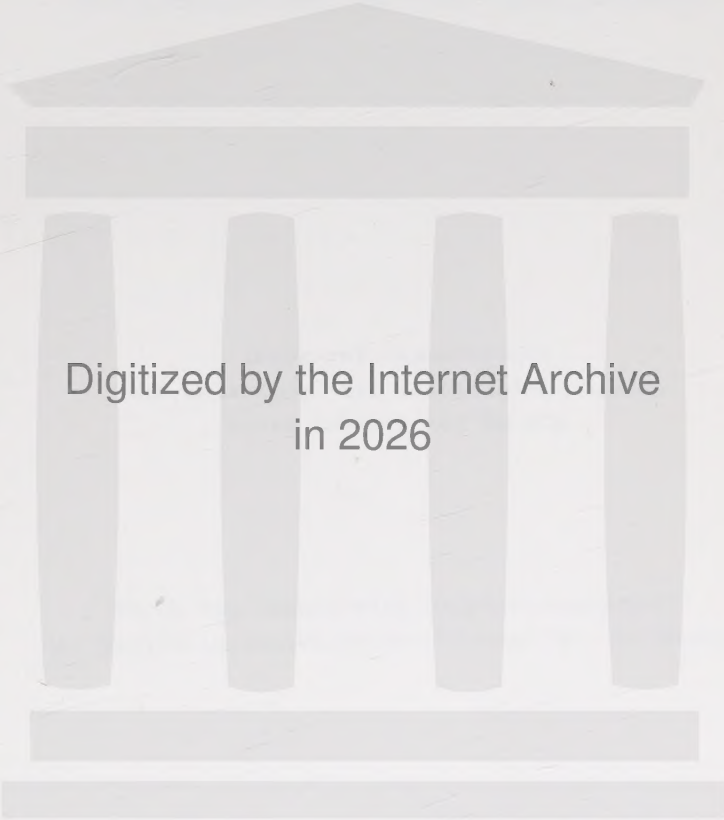
DIE KONKURRENTENKLAGE IM BEAMTENRECHT

**Eine Untersuchung der verschiedenen Rechtsschutzformen
und ihrer Voraussetzungen**

1984

Dr. h. c. h. Münster





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554807_0024

DIE KONKURRENTENKLAGE IM BEAMTENRECHT

Eine Untersuchung der verschiedenen
Rechtsschutzformen und ihrer Voraussetzungen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen-Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
ANDREAS SALFER

aus Syke

1984

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Achterberg

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Ehlers

Dekan: Prof. Dr. Großfeld

Tag der mündlichen Prüfung: 6.7.1984

Inhaltsverzeichnis

	Seite
1. Teil: Einleitung	1
1. Abgrenzung des Themas	1
2. Die betroffenen Personalentscheidungen	2
a) Ernennung	3
aa) Einstellung	3
bb) Umwandlung	3
cc) Anstellung	3
dd) Beförderung	4
ee) Rangherabsetzung	4
ff) Amts- und Laufbahngruppenwechsel	4
b) Versetzung und Umsetzung	5
c) Aufstieg	7
d) Allgemeine Karriere	7
3. Die betroffenen Personengruppen	8
4. Aktualität des Themas	12
2. Teil: Hauptteil	20
1. Kapitel: Die Amtskonkurrenz vor der Ernennung eines Konkurrenten	21
1. Abschnitt: Verpflichtungsklage eines Bewerbers, gerichtet auf die eigene Ernennung	23
A. Zulässigkeit der Verpflichtungsklage	24
I. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges	24
II. Verpflichtungsklage als die richtige Klageart	28
III. Vorverfahren	29

	Seite
IV. Klagebefugnis	32
1. Die Voraussetzungen des § 42 Abs. 2 VwGO	32
2. Anspruch auf Ernennung aus den Zugangsnormen selbst, insbesondere aus Art. 33 Abs. 2 GG	36
a) Die Entwicklung der verschiedenen Meinungen und ihrer heutigen Aussagen	38
aa) Das Meinungsbild in der Literatur	38
bb) Der Meinungsstand in der Rechtsprechung	43
b) Eigener Lösungsweg	47
aa) Art. 33 Abs. 2 GG als Ausdruck rechtlich gebundener Verwaltung oder als Ermessensvorschrift	49
(1) Abgrenzung der Verwaltungsformen	49
(a) Rechtlich gebundene Entscheidung	49
(b) Ermessensverwaltung	50
(c) Unbestimmte Rechtsbegriffe und Beurteilungsspielraum	52
(2) Die Einordnung des Art. 33 Abs. 2 GG	58
(a) Gebundene Verwaltung	59
(b) Beurteilungsspielraum	59
(c) Art. 33 Abs. 2 GG als Ermessensnorm	77
(aa) Stellenplanung	81
(bb) Stellenvergabe	87
(cc) Gleichstand mehrerer Bewerber	101

	Seite
bb) Der subjektiv-rechtliche Gehalt des Art. 33 Abs. 2 GG	110
(1) Stellenplanung	115
(2) Stellenvergabe	117
(a) Allgemeiner Ernennungs- anspruch	117
(b) Situation 1: Der Dienst- herr nimmt einen Gleich- stand mehrerer Bewerber nicht an	119
aa) Anspruchsqualität des Art. 33 Abs. 2 GG	120
bb) Anspruchsinhalte	126
(c) Situation 2: Der Dienst- herr nimmt einen Gleich- stand mehrerer Bewerber an	129
(d) Beschränkung der Klage- berechtigten auf Bewer- ber	131
(e) Ansprüche aus Zusiche- rungen	132
(f) Ansprüche aus Selbst- bindung	137
(g) Ausschluß der Klagebe- fugnis bei offenkundig fehlender Kausalität des Verfahrensmangels für die Ernennungsentschei- dung	139
(h) Zwischenergebnis	141
3. Ernennungs- und Beförderungsansprüche aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Dienstherrn	141
(a) Meinungsstand	142
(b) Der Inhalt der Fürsorgepflicht	144
4. Ernennungs- und Beförderungsansprüche aus Schadensersatzgesichtspunkten	152

	Seite
a) Meinungsstand	142
b) Stellungnahme	153
aa) Ernennungsansprüche aus § 839 BGB i.V.m. Art 34 GG	153
bb) Ernennungsansprüche aus der Verletzung der beamtenrecht- lichen Fürsorgepflicht	155
5. Ernennungsansprüche als Folgenbesei- tigungsansprüche	156
a) Meinungsstand	156
b) Stellungnahme	157
V. Rechtsschutzinteresse	159
B. Begründetheit der Verpflichtungsklage	160
2. Abschnitt: Allgemeine Leistungsklage	164
3. Abschnitt: Feststellungsklage	166
4. Abschnitt: Vorbeugende Unterlassungsklage	167
5. Abschnitt: Verfassungsbeschwerde	169
6. Abschnitt: Vorläufiger Rechtsschutz gem. § 123 VwGO	170
A. Schutz vor der drohenden Ernennung eines Konkurrenten	170
I. Statthaftigkeit der einstweiligen An- ordnung	171
II. Antragsbefugnis	172
III. Streitiges Rechtsverhältnis	172
IV. Anordnungsgrund	174
V. Inhalt der einstweiligen Anordnung	178
B. Einstweilige Anordnung hinsichtlich einzel- ner Verfahrenshandlungen	180

	Seite
C. Vorläufige Ernennung des Antragstellers	180
2. Kapitel: Die Amtskonkurrenz nach der Ernennung eines Konkurrenten	183
1. Abschnitt: Anfechtungsklage, gerichtet auf die Anfechtung der fremden Ernennung	184
A. Zulässigkeit der Anfechtungsklage	184
I. Klageart	184
II. Klagebefugnis	186
1. Meinungsstand	187
2. Stellungnahme	188
a) Vergleich mit anderen Rechtsgebieten	190
b) Besonderheiten im Beamtenrecht	193
3. Entfall der Klagebefugnis durch die Ernennung eines Konkurrenten	197
III. Rechtsschutzinteresse	199
1. Meinungsstand	200
2. Stellungnahme	203
a) Die möglichen Rechtsgrundlagen der Rechtsbeständigkeit von Ernennungen	206
b) Grundlegende Bedeutung der §§ 11, 12 BBG	208
c) Die Bindungswirkung der §§ 11, 12 BBG für die Verwaltungsgerichte	209
d) Abschließender Charakter der §§ 11, 12 BBG	214
aa) Wortinterpretation	216
bb) Historische Interpretation	217
cc) Teleologische Interpretation	218
(1) Rechtsbeständigkeit als hergebrachter Grundsatz des Beamtenrechts	219

	Seite
(2) Rechtsbeständigkeit und Art. 19 Abs. 4 GG	220
(3) Die verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Ernannten	222
(4) Die verfassungsrechtlich geschützten Interessen des Staates	225
IV. Vorverfahren und Fristen	237
B. Begründetheit der Anfechtungsklage	243
2. Abschnitt: Feststellungsklage, gerichtet auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der fremden Ernennung	245
3. Abschnitt: Verfassungsbeschwerde	245
4. Abschnitt: Vorläufiger Rechtsschutz	246
I. Einstweiliger Rechtsschutz nach § 80 VwGO	246
1. Suspensiveffekt und Anordnung der sofortigen Vollziehung	246
2. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 VwGO	250
II. Vorläufige Amtseinweisung des Klägers	251
3. Kapitel: Rechtslage bei der Übertragung eines höherwertigen Amtes zum Zwecke der Bewährung	251
A. Klage auf Übertragung des noch freien Dienstpostens an den Kläger	253
B. Klage auf Rücknahme der Besetzung des Dienstpostens	256
C. Vorläufiger Rechtsschutz	257
3. Teil: Schluß	259

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Achterberg, Norbert Der Verwaltungsvorakt, DÖV
1971, 397 - 408.
- derselbe Die Klagebefugnis - eine ent-
behrliche Sachurteilsvoraus-
setzung ? DVBl. 1981, 278 - 283.
- derselbe Allgemeines Verwaltungsrecht,
Lehrbuch, Heidelberg 1982, zit.:
Achterberg, VerwR.
- derselbe Das Leistungsprinzip im öffent-
lichen Dienstrecht, DVBl. 1977,
541 - 550.
- Aich, Fritz Der Zugang zu den öffentlichen
Ämtern nach dem Grundgesetz,
Diss. Heidelberg 1952.
- Anschütz, Gerhard Die Verfassung des Deutschen
Reiches vom 11. August 1919,
Nachdruck der 14. Auflage,
Berlin 1933, Bad Homburg 1968.
- Arnim, Hans Herbert von Ämterpatronage durch politi-
sche Parteien, Wiesbaden 1980.
- Bachof, Otto Beurteilungsspielraum, Er-
messen und unbestimmter Rechts-
begriff im Verwaltungsrecht,
JZ 1955, 97 - 102.
- derselbe Die verwaltungsgerichtliche
Klage auf Vornahme einer Amts-
handlung, 2. Aufl., Tübingen
1968, zit.: Vornahmeklage.
- Bartlsperger, Richard Das Dilemma des baulichen
Nachbarrechts, VerwArch. 60
(1969), 35 - 63.
- derselbe Subjektives öffentliches Recht
und störungspräventive Baunach-
barklage, DVBl. 1971, 723 - 732.
- Battis, Ulrich Bundesbeamtengesetz, München
1980. Zum Ausschluß "verfassungs-
feindlicher" Bewerber vom öffent-
lichen Dienst, JZ 1972, 384 - 388.
- Bellgardt, Peter Die Konkurrentenklage des Beam-
tenrechts. Der Rechtsschutz des
unterlegenen Bewerbers auf Ein-

stellung und Beförderung. Diss.,
Frankfurt 1981.

Bender, Bernd/
Dohle, Rolf

Nachbarschutz im Zivil- und Ver-
waltungsrecht, München 1972.

Bernhardt, Rudolf

Zur Anfechtung von Verwaltungs-
akten durch Dritte, JZ 1968,
302 - 308.

Bettermann, Karl
August

Zur Lehre vom Folgenbeseitigungs-
anspruch, DÖV 1955, 528 - 536.

derselbe

Gewerberechtliche Nachbarklage?
NJW 1961, 1097 - 1099.

Bochalli, Alfred

Bundesbeamtengegesetz, 2. Aufl.,
München 1958.

Böckenförde, Ernst
Wolfgang

Die Organisationsgewalt im Be-
reich der Verwaltung, Berlin 1964.

Böhm, Wolfgang/
Justen, Robert

Bewerberauswahl und Einstellungs-
gespräch, 2. Aufl., Berlin 1980.

Bonner Kommentar

Kommentar zum Bonner Grundgesetz,
Loseblattausgabe, Hamburg 1950 ff.,
zit.: jew. Bearbeiter in BK.

Brause, Peter

Anmerkung zu VGH Baden-Württemberg,
Beschl. v. 9.11.1976 - IV 1907/76 -,
ZBR 1977, 369 - 370.

Brunner, Johann

Stellenvergabe und Beförderung im
öffentlichen Dienst, RiA 1974, 1 - 9.

Buchholz, Karl

Sammel- und Nachschlagewerk der
Rechtssprechung des Bundesverwaltungs-
gerichts.

Bühren, Gert D.

Die Umsetzung eines Beamten als an-
fechtbarer Verwaltungsakt? ZBR 1975,
205 - 207.

Burmeister, Joachim

Selbstbindungen der Verwaltung,
DÖV 1981, 503 - 512.

Crisolli, Julius/
Schwarz, Martin

Hessisches Beamtengegesetz, Kommentar,
Loseblattausgabe, Neuwied 1962 ff.

Däubler, Wolfgang

Privatisierung als Rechtsproblem,
Neuwied 1980.

Demme, Helmut

Die nachbarlichen Schutzvorschrif-
ten im Gaststättenrecht, DVBl. 1967,
758 - 762.

- Erichsen, Hans-Uwe Besonderes Gewaltverhältnis und Sonderverordnung, Rückschau und Ausblick in: Menger, Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans-J. Wolff zum 75. Geburtstag, München 1973. S. 219 - 246, zit.: Erichsen, Festschrift.
- derselbe Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum, VerwArch. 63 (1972), 337 - 344.
- Eschenburg, Theodor Ämterpatronage, Stuttgart 1961.
- Evers, Hans Ulrich Die Nachbarklage im Baurecht, JuS 1962, 87 - 93.
- Eyermann, Erich/
Fröhler, Ludwig Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 8. Aufl., München 1980.
- Finkelburg, Klaus Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 2. Aufl., München 1979, zit.: Finkelburg, S.
- derselbe Über die Konkurrentenklage im Beamtenrecht, DVBl. 1980, 809 - 813.
- Fischbach, Oskar
Georg Bundesbeamtengesetz, 1. und 2. Halbband, 3. Aufl., Köln 1964/65.
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, München 1973.
- Friauf, Karl+Heinrich "Latente Störung", Rechtswirkungen der Bauerlaubnis und vorbeugende Nachbarklage, DVBl. 1971, 713 - 722.
- derselbe Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 30.8.1968 und v. 25.10.1968, DVBl. 1969, 368 - 372.
- Fricke, Walter Probleme der Ämterpatronage, Diss., Münster 1973.
- Fromm, Günther Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, VerwArch. 56 (1965), 26 - 60.

- Fürst, Walther/
Finger, Hans-Joachim/
Mühl, Otto/
Niedermaier, Franz Gesamtkommentar Öffentliches
Dienstrecht, Band I; Beamten-
recht des Bundes und der Län-
der, Loseblattausgabe, Berlin
1973 ff., zit.: GKOD.
- Giese, Friedrich/
Schunck, Egon Grundgesetz für die Bundesre-
publik Deutschland, 9. Aufl.,
Frankfurt/M. 1976.
- Grellert, Volker Zusicherungen im Beamtenrecht,
Bonn 1964.
- Günther, Hellmuth Beförderung, ZBR 1979, 93 - 112.
- derselbe Änderungen des funktionellen
Amtes: Versetzung, Abordnung,
Umsetzung, ZBR 1978, 73 - 85.
- Gunst, Dietrich Personalpolitik zwischen Macht
und Recht, Mainz 1976.
- Gusy, Christoph Die "Eignung" zu einem öffent-
lichen Amt gem. Art. 33 II GG,
RiA 1979, 201 - 207.
- Hamann, Andreas/
Lenz Helmut Das Grundgesetz für die Bundes-
republik Deutschland, 3. Aufl.,
Neuwied 1970.
- Happe, Rolf Leistungsprinzip und "Allgemeine
Grundsätze für die Übertragung
von Dienstposten und für die Be-
förderung der Beamten der Deut-
schen Bundespost," RiA 1979,
92 - 96 und 101 - 104.
- Heise, Detlef Beförderungsanspruch aus Für-
sorgepflichtverletzung? ZBR 1969,
165 - 169.
- Heyland, Carl Die Rechtsgültigkeit von Zu-
sicherungen nach deutschem und
preußischem Beamtenrecht, Berlin
1932.
- derselbe Deutsches Beamtenrecht. Eine syste-
matische Darstellung, Berlin 1938.
- Hippel, Mila von Gleicher Zugang zu öffentlichen
Ämtern durch Stellenausschreibung,
Bonn-Bad Godesberg 1972.
- Ipsen, Hans-Peter Gleichheit, in : Neumann/Nipper-
dey/Scheuner, Die Grundrechte,
Handbuch der Theorie und Praxis
der Grundrechte, Band II, Berlin
1968, S. 111 - 198, zit.: Ipsen,
Gleichheit

- Isensee, Josef Der Zugang zum öffentlichen Dienst - objektive Erfordernisse des öffentlichen Amtes und subjektiver Rechtsstatus des Bewerbers, in Bachof/Heigl/Redeker, Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts. 1978, S. 337 - 356, zit.: Isensee, Festgabe.
- Jellinek, Georg System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Nachdruck der 2. Aufl. von 1905, 1963.
- Jung, Werner Der Zugang zum öffentlichen Dienst nach Art. 33 II GG - Eine Untersuchung der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Ernennung zum Beamten, ihrer Regeln und deren Durchsetzbarkeit, Diss., Saarbrücken 1978.
- Kellner, Hugo Neue Erkenntnisse zum sogenannten Beurteilungsspielraum? DÖV 1972, 801 - 808.
- derselbe Einiges zum behördlichen Ermessen, DÖV 1969, 309 - 313.
- Köttgen, Arnold Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, Berlin 1928.
- Konow, Karl Otto Rechtsprobleme bei der Besetzung von Dienstposten, ZBR 1973, 170 - 173.
- Kopp, Ferdinand O. Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., München 1981.
- Krüger, Herbert Das Leistungsprinzip als Verfassungsgrundsatz, Köln 1957.
- Kugele, Dieter Der politische Beamte, München 1976.
- Lecheler, Helmut Die Personalgewalt öffentlicher Dienst-Herren, Berlin 1977.
- Lücke, Gerhard Vorläufiger Rechtsschutz bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung, NJW 1978, 81 - 86.
- Mangoldt, Hermann von/Klein Friedrich Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band II, 2. Aufl., München 1966.
- Maunz, Theodor Selbstbindungen der Verwaltung, DÖV 1981, 497 - 503.

- Maunz, Theodor/
Dürig, Günter/
Herzog, Roman/
Scholz, Rupert
Grundgesetz, Kommentar, Loseblatt-
ausgabe, München 1958 ff., zit.:
Bearbeiter in MDHS.
- Menger, Christian
Friedrich
Der Anspruch auf Zulassung zum
Vorbereitungsdienst und dessen
Beschränkbarkeit, VerwArch. 73
(1982), 86 - 102.
- derselbe
Höchststrichterliche Rechtsprechung
zum Verwaltungsrecht - Zur Rechts-
natur und verwaltungsgerichtlichen
Überprüfbarkeit beamtenrechtlicher
Umsetzungen, VerwArch. 72 (1981),
149 - 156.
- Meyer, Georg/
Anschütz, Gerhard
Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts,
7. Auflage, München 1914.
- Mössner, Jörg Manfred
Die öffentlich-rechtliche Konkurren-
tenklage, JuS 1971, 131 - 136.
- Münch, Ingo von
Öffentlicher Dienst, in: V. Münch/
Badura, Besonderes Verwaltungsrecht,
5. Auflage, Berlin 1979, S. 1 - 83,
zit.: V. Münch, Öffentlicher Dienst.
- derselbe
Grundgesetz - Kommentar, Band 2,
München 1976, zit.: Bearbeiter in
v. Münch.
- derselbe
Die Einflußnahmen der politischen
Parteien auf Beamtenernennungen und
Beförderungen, ZBR 1960, 245 - 250.
- Mutius, Albert von
Konkurrentenklage im Beamtenrecht?
VerwArch. 69 (1978), 103 - 114.
- Obermayer, Klaus
Die Beurteilungsfreiheit der Ver-
waltung, BayVBl. 1975, 257 - 263.
- Palandt, Otto
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, 42. Auflage, München 1983,
zit.: Bearbeiter in Palandt.
- Papier, Hans Jürgen
Einstweiliger Rechtsschutz bei
öffentlich-rechtlichen Streitig-
keiten, JA 1979, 561 - 568 und
646 - 649.

- Plog, Ernst/
Wiedow, Alexander/
Beck, Gerhard Kommentar zum Bundesbeamten-
gesetz, Loseblattausgabe,
Bonn 1958 ff.
- Quaritsch, Helmut Die einstweilige Anordnung im
Verwaltungsprozeß, VerwArch.
51 (1960), 210 - 243 und
342 - 372.
- Redeker, Konrad/
Oertzen, Hans-Joachim
von Verwaltungsgerichtsordnung,
Kommentar, 7. Aufl., Stutt-
gart 1981.
- Rehm, Hermann Die rechtliche Natur des
Staatsdienstes nach deutschem
Staatsrecht, Annalen des Deut-
schen Reiches, Jahrgang 1884,
S. 574 - 583.
- Rommel, Johannes Die Konkurrentenklage im Beam-
tenrecht - Der Rechtsschutz
des unterlegenen Bewerbers bei
beamtenrechtlichen Ernennungen,
Diss., Marburg 1981.
- Rönne, von Das Staatsrecht der Preußischen
Monarchie, Band 2, 5. Aufl.,
1906.
- Schack, Friedrich Anmerkung zu BVerwG, Urt. v.
30.8.62 - BVerwG II C 16/60 -,
ZBR 1963, 353 - 354.
- derselbe Unterlassen einer Beförderung,
ZBR 1961, 225 - 230.
- Schäfer, Alfred/
Bonk, Heinz-Joachim Staatshaftungsgesetz (StHG),
Kurzkomentar, München 1982.
- Scheerbarth, Walter/
Höffken, Heinz Beamtenrecht, Lehr- und Hand-
buch, 4. Aufl., Siegburg 1982.
- Schenke, Wolf-Rüdiger Die Konkurrentenklage im Beam-
tenrecht, in: Damrau/Kraft/Fürst,
Festschrift für Otto Mühl zum
70. Geburtstag, Stuttgart 1981,
S. 571 - 594, zit.: Schenke,
Festschrift.
- Schick, Walther Die "Konkurrentenklage" des
Europäischen Beamtenrechts -
Vorbild für das deutsche Recht?
DVBl. 1975, 741 - 747.
- derselbe Radikalenproblem und kein Ende,
ZBR 1975, 1 - 7.

- derselbe Wichtige Entscheidungen zum Prüfungs- und Beurteilungsrecht, Rechtsprechungsbericht, ZBR 1972, 300 - 306.
- derselbe Wichtige Entscheidungen oberster Gerichte, Rechtsprechungsbericht, ZBR 1967, 297 - 302.
- Schmidt, Reiner Der Rechtsschutz des Konkurrenten im Verwaltungsprozeß, NJW 1967, 1635 - 1641.
- Schmidt-Abmann,
Eberhard Leistungsgrundsatz des Art. 33 II GG und soziale Gesichtspunkte bei der Regelung des Zugangs zum Beamtenverhältnis, NJW 1980, 16 - 21.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/
Klein, Franz Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., Neuwied 1977, zit.: Bearbeiter in Schmidt-Bleibtreu/Klein.
- Schmidt-Salzer, Joachim Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden. Zum Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Berlin 1968.
- Schmitt-Kammler, Arnulf Konkurrentenklage im Beamtenrecht? DÖV 1980, 285 - 292.
- derselbe Der Rechtsanspruch des Beamten auf Beförderung, Jura 1979, 641 - 656.
- Scholz, Rupert Die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Zivilgerichte, WirtschaftsR 1972, 35 - 66.
- Schröder, Meinhard Klagebefugnis bei Anfechtungs- und Normenkontrollklagen, Jura 1981, 617 - 624.
- Schütz, Erwin Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Kommentar, Band 1 und 2, 5. Aufl., Heidelberg 1973 ff.
- Schunck, Egon/
De Clerk, Hans Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl., Siegburg 1977.

- Seibert, Wolfgang Die Benachteiligung und Bevorzugung von Beamten und Angestellten wegen ihrer politischen Anschauungen, DVBl. 1959, 869 - 873.
- Siegmund-Schultze, Gerhard Zur Konkurrentenklage im Beamtenrecht aus der Sicht der Verwaltungspraxis, VerwArch. 73, (1982), 137 - 152.
- Siepmann, Heinrich Bewertung von Beamtendienstposten in der Kommunalverwaltung, ZBR 1977, 362 - 368.
- Sievers, Rudolf Das Beamtenrecht der Reichsverfassung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Berlin 1932.
- Solte, Ernst-Lüder Zur Konkurrentenklage im Beamtenrecht, NJW 1980, 1027 - 1035.
- derselbe Der Rechtsschutz des unterlegenen Bewerbers bei beamtenrechtlichen Ernennungen, ZBR 1972, 109 - 11.
- Stern, Klaus Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 5. Auf., München 1981, zit.: Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme.
- derselbe Berufsbeamtentum - gestern, heute, morgen. Art. 33 GG und sein verfassungsrechtlicher Kontext in: König/Laubinger/Wagener, Öffentlicher Dienst, Festschrift für Carl Hermann Ule zum 70. Geburtstag, Köln, 1977, 193 - 213.
- Thiele, Willi Beamtenrechtliche Konkurrentenklage? ZBR 1980, 133 - 137.
- derselbe Versetzung, Abordnung und Umsetzung eines Beamten, DÖD 1981, 69 - 73.
- Thieme, Werner Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, Göttingen 1961.

- Tietgen, Walter Der Zugang zu den Ämtern des öffentlichen Dienstes - eine Studie des Rechtsschutzes, in: v. Caemmerer/Friesenhahn/Lange, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1860 - 1960, Band II, Karlsruhe 1960, S. 325 - 352, zit.: Tietgen, Festschrift.
- derselbe Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 30.8. 1962 - II C 16/16 -, DVBl. 1963, 513 - 515.
- Triebe, Johannes K./
Fischer, Hardi/
Ulrich, Eberhard Auswahl von Bewerbern für den öffentlichen Dienst - Problemstudie zur Informations- und Entscheidungsfindung - Bericht zur Einführung von Systemen zur Leistungsbewertung und zur Verwendungsbeurteilung im öffentlichen Dienst - Bericht zur Einführung einer einheitlichen und praktikablen Bewertung der Dienstposten im öffentlichen Dienst, Baden-Baden 1973.
- Ule, Carl Hermann Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), 133 - 226.
- derselbe Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Bachof/Drath/Gönnenwein/Walz, Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Jellinek, München 1955, S. 309 - 330, zit.: Ule, Gedächtnisschrift.
- derselbe Öffentlicher Dienst, in: Bettermann/Nipperdey, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band IV, Halbband 2, Berlin 1962, S. 537 - 671, zit.: Ule, Öffentlicher Dienst.
- derselbe Verwaltungsprozeßrecht, 8. Aufl., München 1983, zit.: Ule, VerwProzR.
- derselbe Beamtenrecht, Köln 1970, zit.: Ule, Beamtenrecht.
- Vallendar, Willi, Der Anspruch auf Beförderung in der verwaltungsrechtlichen Praxis, DÖD, 1973, 4 - 6.
- Wolff, Hans J./
Bachof, Otto Verwaltungsrecht I, Studienbuch, 9. Aufl., München 1974, zit.: Wolff/Bachof I.

- derselbe Verwaltungsrecht II (Organisations- und Dienstrecht), 4. Aufl., München 1976, zit.: Wolff/Bachof II.
- derselbe Verwaltungsrecht III (Ordnungs-, Leistungs- und Verfahrensrecht), Studienbuch, 4. Aufl., München 1978, zit.: Wolff/Bachof III.
- Zuleeg, Manfred Subventionskontrolle durch Konkurrentenklage, Frankfurt/M. 1974.

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
AO	(Bundes-) Abgabenordnung v. 16.3.1976
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bayer. VerfGH	Verfassungsgerichtshof für den Freistaat Bayern
Bayer. VG	Bayerisches Verwaltungsgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter, Zeitschrift seit 1955
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof; außerdem: Sammlung von Entscheidungen des (k.) bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, Zeitschrift 1880 - 1943
BayVGH n. F.	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, des Bayerischen Dienststrafhofs und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte, Zeitschrift, neue Fassung seit 1947
BBauG	Bundesbaugesetz in der Fassung v. 18.8.1976
BBG	Bundesbeamtengesetz in der Fassung v. 3.1.1977
Beschl.	Beschluß
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896
BGH	Bundesgerichtshof in Karlsruhe
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (zit. nach Band und Seite)
BHO	Bundeshaushaltsordnung v. 19.8.1969
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz v. 15.3.1974
BK	Bonner Kommentar (Kommentar zu Bonner Grundgesetz)
BRRG	Bundesrahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz) in der Fassung v. 3.1.1977

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zit. nach Band und Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (zit. nach Band und Seite)
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DÖD	Der Öffentliche Dienst, Zeitschrift seit 1947 (zit. nach Band und Seite)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift seit 1947 (zit. nach Band und Seite)
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt (Fortsetzung des Reichsverwaltungsblatts), Zeitschrift seit 1950 (zit. nach Band und Seite)
EG	Europäische Gemeinschaften
Erl.	Erläuterungen
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen und des Württemberg-Badischen Verwaltungsgerichtshofes, Zeitschrift seit 1952; seit 1962: Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichts Baden-Württemberg (zit. nach Band, Jahr und Seite)
etc.	etcetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949
ggf.	gegebenenfalls
GVG	(Bundes-) Gerichtsverfassungsgesetz i.d.F. vom 9.5.1975
HGrG	(Bundes-) Gesetze über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz) v. 19.8.1969
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
i. d. F.	in der Fassung
i. S. d.	im Sinne der/des
i. V. m.	in Verbindung mit

JA	Juristische Arbeitsblätter, Zeitschrift seit 1969 (zit. nach Band und Seite)
Jura	Jura, Zeitschrift seit 1979 (zit. nach Band und Seite)
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift seit 1961 (zit. nach Band und Seite)
JZ	Juristenzeitung, Zeitschrift seit 1951, Fortsetzung der Deutschen Rechtszeitschrift und der Süddeutschen Juristenzeitung (zit. nach Band und Seite)
LBesG NRW	Besoldungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen i.d.F. vom 19.3.1982
LBesG Ns	Besoldungsgesetz für das Land Niedersachsen i.d.F. vom 6.5.1982
LBG NRW	Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesbeamtengesetz) i.d.F. 1.5.1981
m. H. a.	mit Hinweis auf
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Zeitschrift seit 1947 (zit. nach Band und Seite)
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
Ns	Niedersachsen
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg mit Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs Nordrhein-Westfalen und des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs; amtliche Sammlung (zit. nach Band und Seite)
PVG	Personalvertretungsgesetz, hier des Bundes, v. 15.3.1974
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit. nach Band und Seite)
RiA	Das Recht im Amt, Zeitschrift seit 1954 (zit. nach Band und Seite)

RN	Randnummer
S.	Seite
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
sog.	sogenannte, sogenanntes, sogenannter
StHG	Staatshaftungsgesetz v. 26.6.1981
u.	und
u. a.	unter anderem
Urt.	Urteil
u. U.	unter Umständen
v.	vom, von
VerwArch.	Verwaltungsarchiv, Zeitschrift von 1893 bis 1942 und seit 1957 (zit. nach Heft, Jahrgang und Seite)
VerwProzR	Verwaltungsprozeßrecht
VerwR	Verwaltungsrecht
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Zeitschrift v. 1949 bis 1981 (zit. nach Heft, Jahrgang und Seite)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Zeitschrift seit 1924 (zit. nach Heft, Jahrgang und Seite)
VwGO	(Bundes-) Verwaltungsgerichtsordnung v. 21.1.1960
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz, hier des Bundes, v. 25.5.1976
WirtschaftsR	Wirtschaftsrecht, Zeitschrift v. 1972 bis 1974 (zit. nach Band und Seite)
WRV	Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Reichsverfassung) v. 11.8.1919
z. B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht, seit 1953 (zit. nach Band und Seite)
zit.	zitiert
z. T.	zum Teil

1. Teil:

Einleitung

1. Abgrenzung des Themas

Der sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Literatur schlagwortartig verwendete Begriff der "beamtenrechtlichen" Konkurrentenklage ist nicht annähernd dazu im Stande, hinreichende Vorstellungen über die Vielfalt und Vielschichtigkeit dieses Themas zu vermitteln. Allenfalls mag diese Bezeichnung dazu angetan sein, die Tatsache aufzuzeigen, daß es auch im Bereich des Beamtenrechts, und nicht nur im baulichen Nachbarrecht und im Wirtschaftsverwaltungsrecht, zu rechtsschutzverlangenden Konkurrenzproblemen kommen kann.

Wie bei jeder anderen Konkurrenzsituation auch, ist der Konkurrenzkampf auf dem Felde beamtenrechtlicher Personalentscheidungen durch ein Interessengeflecht aller Beteiligten geprägt, an dem der Dienstherr und sämtliche Bewerber beteiligt sind. Dieses Geflecht läßt sich - was der Begriff der Konkurrentenklage nicht zum Ausdruck bringt - in zwei grundlegend voneinander zu trennende Ebenen entwirren:

Die eine Ebene betrifft das Verhältnis der Bewerber untereinander, also die horizontale Linie. Hier entscheidet sich, welcher Bewerber die besten Voraussetzungen mitbringt, um das freie Amt oder den freien Dienstposten

zu erhalten. Es handelt sich um eine reine Beurteilungsproblematik, so daß der Streit der Bewerber darum, wer von ihnen am geeignetsten ist, auch als "Beurteilungskonkurrenz" bezeichnet werden könnte.

Die andere Ebene deckt in vertikaler Richtung die Beziehung der Bewerber zum Staat bzw. zum Dienstherrn ab. Mag der Staat insoweit das Interesse besitzen, die Ämtervergabe selbstverantwortlich zu gestalten, steht dem das Bedürfnis der Bewerber gegenüber, die Personalentscheidungen kontrollieren und gegebenenfalls kassieren zu können. Hier steht die Frage zur Debatte, ob und inwieweit insbesondere die abgelehnten Bewerber die Möglichkeit besitzen, Rechtsschutz suchen zu können. Es handelt sich somit im Grunde nicht um ein Konkurrenzproblem, sondern um die formelle Frage nach dem Bestehen von Rechtsschutzmöglichkeiten, allerdings aus Anlaß einer Konkurrenzsituation. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich fast ausschließlich mit dieser zweiten Ebene. Rechtliche Aspekte der Beurteilungskonkurrenz werden nur am Rande angesprochen.

2. Die betroffenen Personalentscheidungen

In erster Linie bezieht sich die Rechtsschutzfrage auf Ernennungen. Daneben können aber auch Umsetzungen und Versetzungen Konkurrenzverhältnisse auslösen.

a) Die Ernennung

Die Ernennung ist ein rechtsbegründender und rechtsgestaltender Verwaltungsakt, gerichtet darauf, die rechtliche Stellung des Beamten nach Inhalt und Art festzulegen. Die einzelnen Fälle der Ernennungen sind in § 6 BGB, § 5 BRRG und in den jeweiligen Landesbeamtengesetzen abschließend aufgeführt:¹⁾

- aa) Die Einstellung, d.h. die Begründung eines Beamtenverhältnisses einer Person, die noch nicht Beamter ist, ohne gleichzeitige Übertragung eines Amtes (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 BBG, § 3 BLV).
- bb) Die Umwandlung des Beamtenverhältnisses in ein solches anderer Art, z.B. die eines Beamtenverhältnisses auf Widerruf in ein solches auf Probe (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BBG).
- cc) Die Anstellung, d.h. die erste Verleihung eines Amtes bei dem Dienstherrn innerhalb eines bestehenden oder eines gleichzeitig durch Einstellung begründeten Beamtenverhältnisses (§ 6 Nr. 3 BBG).

Voraussetzung einer Anstellung ist zunächst das Vorhandensein einer Planstelle, d.h. die haushaltsrechtliche Absicherung einer Stellen-

1) Zum Amtsbegriff: Battis, § 6 Anm. 4; Bochalli, § 6 Anm. 1 - 3; Fischbach, S. 160 ff.; Scheerbarth/Höffken, S. 220 ff.

besetzung (vgl. § 49 Abs. 1 BHO und die entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen). Bei dem verliehenen Amt handelt es sich sodann um ein Statusamt¹⁾, das durch die Zugehörigkeit zu einer Laufbahngruppe, das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe und die dem Beamten verliehene Amtsbezeichnung gekennzeichnet wird²⁾; ferner wird der neue Beamte in ein funktionelles Amt im abstrakten Sinn³⁾ eingewiesen, also in die dem Statusamt entsprechende Funktion bei einer Behörde; schließlich erfolgt die Zuweisung eines funktionellen Amtes im konkreten Sinn⁴⁾, d.h. eines tatsächlichen Arbeitsplatzes, des sogenannten Dienstpostens.

- dd) Die Beförderung, d.h. die Übertragung eines anderen Amtes mit anderer Amtsbezeichnung und höherem Endgrundgehalt (statusrechtliche Beförderung, § 6 Abs. 1 Nr. 4 BBG, § 12 BLV).
- ee) Die Rangherabsetzung, d.h. die nur mit Zustimmung des Beamten zulässige Übertragung eines anderen Amtes mit anderer Amtsbezeichnung und geringerem Endgrundgehalt (§ 6 Abs. 1 Nr. 4 BBG).
- ff) Der Amts- und Laufbahngruppenwechsel, d.h. die Übertragung eines anderen Amtes mit gleichem Endgrundgehalt bei gleichzeitigem Wechsel der Laufbahngruppe (§ 6 Abs. 1 Nr. 5 BBG).

1) Battis, § 6 Anm. 4; Bochalli, § 6 Anm. 1-3; Fischbach, S. 160 ff.; Scheerbarth/Höffken, S. 220 ff.

2) BVerwG, ZBR 1975, 226, 227.

3) Günther, ZBR 1978, 73, 75 f.

Alle diese Entscheidungen des Dienstherrn können theoretisch Anlaß zur Entstehung von Konkurrenzsituationen sein. Da es in sämtlichen Fällen um die Verleihung oder das Bestehenbleiben eines Statusamtes geht, wird teilweise von "Amtskonkurrenz" gesprochen.¹⁾ De facto ergeben sich Konkurrenzprobleme allerdings wegen der großen Bedeutung in erster Linie im Hinblick auf die Einstellung (ggf. nebst Anstellung) und die Beförderung. Diese beiden Problemkreise sind daher vorwiegend gemeint, wenn in den nachfolgenden Ausführungen von der Ernennung die Rede ist. Falls für bestimmte Fallgruppen Besonderheiten gelten, sind sie ausdrücklich hervorgehoben.

b) Versetzung und Umsetzung

Versetzung ist die Überweisung eines Beamten an eine andere Behörde bei bestehenbleibendem Beamtenverhältnis mit oder ohne Wechsel des Dienstherrn (§ 26 BBG).²⁾

Dagegen handelt es sich um eine Umsetzung, wenn dem Beamten ein neuer Dienstposten innerhalb derselben Behörde zugewiesen wird.³⁾

Versetzung und Umsetzung unterscheiden sich also dadurch von der Ernennung, daß bei ihnen

1) Siegmund-Schultze, VerwArch. 73 (1982), 137, 140 f.

2) Vgl. ferner Günther, ZBR 1978, 73, 76 ff.; Thiele, DÖD 1981, 69 ff.

3) Günther, ZBR 1978, 73, 83 ff.; Thiele, DÖD 1981, 69, 70 f.

der Beamte kein neues Statusamt erhält, sondern nur ein neues funktionelles Amt zugewiesen bekommt.

Auch bei der Übertragung von funktionellen Ämtern kann es zu Konkurrenzsituationen kommen. Nach §§ 11, 12 BLV in der seit 1.2.1979 geltenden Neufassung können Übertragungen höherwertiger Dienstposten und Beförderungen nur vorgenommen werden, wenn der Beamte seine Eignung für diesen Dienstposten in einer Erprobungszeit nachgewiesen hat. Die Erprobungszeit soll ein Jahr nicht überschreiten. Sie gilt als geleistet, wenn der Beamte sich in den Tätigkeiten eines Dienstpostens gleicher Bewertung bewährt hat. Von dem Erfordernis der Erprobungszeit kann die zuständige Dienstbehörde für bestimmte Dienstposten Ausnahmen zulassen.

Dementsprechend hat die Übertragung eines Dienstpostens zum Zwecke der Erprobung Einfluß auf die spätere endgültige Entscheidung. Es tritt eine Filterfunktion ein, indem nur noch die Beamten eine Chance auf den endgültigen Erhalt des höherwertigen Dienstpostens haben, die ihn jetzt bereits zur Bewährung übertragen bekommen. Alle anderen scheiden aus dem Kreis der Aspiranten aus. Daher kann sich auch bereits im Vorfeld von Beförderungen und Übertragungen höherer Dienstposten ein Konkurrenzkampf zwischen den Bewerbern entspannen. Für diese Situation wird zum Teil die Bezeichnung "Dienstpostenkonkurrenz" als Abgrenzung zu der vorhergenannten Amtskonkurrenz verwendet.¹⁾

1) Siegmund-Schultze, VerwArch. 73 (1982), 137, 141.

c) Aufstieg

Das Gesetz sieht es als den Regelfall an, daß sich der berufliche Werdegang des Beamten innerhalb der Laufbahn und der Laufbahngruppe gestaltet, in deren Dienst er eingestellt worden ist. Unter bestimmten Voraussetzungen ist ausnahmsweise jedoch auch ein sogenannter Aufstieg möglich, d.h. der Wechsel in eine Laufbahn der nächsten Laufbahngruppe (§§ 22, 28, 29, 33 BLV). Ein Amt der nächsten Laufbahn darf dem Beamten erst verliehen werden, wenn er sich in den Aufgaben der Laufbahn bewährt hat (§§ 22 Abs. 4, 28 Abs. 5, 33 Abs. 9 BLV).

Hinsichtlich auftretender Konkurrenzprobleme ist zu unterscheiden: Soweit es um die Übertragung des Dienstpostens zum Zwecke der Bewährung geht, handelt es sich um einen Fall der sogenannten Dienstpostenkonkurrenz; soweit die endgültige Verleihung des Amtes aus der nächsten Laufbahn in Rede steht, liegt ein Unterfall der Amtskonkurrenz vor. Damit unterliegen die im Zusammenhang mit dem Aufstieg stehenden Konkurrenzsituationen den gleichen Regeln wie die anderen Konkurrenzfälle und bedürfen daher keiner besonderen Behandlung.

d) Allgemeine Karriere

Neben den bisher erörterten Konkurrenzen ist vereinzelt noch von einer "allgemeinen Karrierekonkurrenz" die Rede, die sich auf die langfristig unterschiedliche Karriereplanung der Mitglieder des öffentlichen Dienstes bezieht; es sei nämlich durchaus möglich, zwei beim Ein-

tritt in den öffentlichen Dienst gleich-
bewertete Beamte im Laufe der Zeit unter-
schiedlich aufzubauen.¹⁾

Derartige denkmögliche Planungen sind je-
doch nicht greifbar und entziehen sich daher
auch der Anfechtbarkeit. Erst wenn solche Ge-
sichtspunkte in konkrete Entscheidungen über
die Besetzung von Ämtern und Dienstposten ein-
fließen, kann daran gedacht werden, sie im
Zusammenhang mit diesen Entscheidungen inzi-
denter zu überprüfen. Rechtliche Bedeutung er-
langt die Karriereplanung also nur im Rahmen
der Amts- oder Dienstpostenkonkurrenz, so daß
eine selbständige Betrachtung dieses Fragen-
komplexes nicht notwendig ist.

3. Die betroffenen Personengruppen

Indem § 33 Abs. 2 GG eine Zugangsregelung für
alle öffentlichen Ämter aufstellt, steht fest,
daß als Beteiligte der zu untersuchenden Kon-
kurrenzverhältnisse sämtliche Personen in Be-
tracht kommen, die ein öffentliches Amt inne-
haben oder ein solches anstreben. Der Begriff
des öffentlichen Amtes ist allerdings gesetz-
lich an keiner Stelle definiert.

Zunächst kann eine nähere Inhaltsbestimmung
nicht aus dem u.a. in Art. 33 Abs. 4 und 5
GG verwendeten Begriff des öffentlichen Dienstes
abgeleitet werden. Die Formulierung öffentliches
Amt wird vielmehr in einem durchaus eigenstän-

1) Siegmund-Schultze, VerwArch. 73 (1982), 137,
142.

- 6 -
digen Sinn gebraucht.¹⁾

Nach allgemeiner Auffassung ist die Wendung öffentliches Amt in einem weiteren Sinne zu verstehen. Sie umfaßt nicht nur den eigentlichen Staatsdienst (Beamte, Angestellte und Arbeiter im öffentlichen Dienst), sondern jede berufliche und ehrenamtliche Tätigkeit im öffentlichen Bereich.²⁾ Zu den Inhabern öffentlicher Ämter gehören damit jedenfalls Beamte, Richter, Hochschullehrer, Angestellte und Arbeiter des öffentlichen Dienstes, beliehene Unternehmer, Laienbesitzer in Gerichten und die ehrenamtlich im öffentlichen Bereich Tätigen.³⁾ Nicht zu den öffentlichen Ämtern zählen dagegen die kirchlichen Ämter, da diese nicht vom Staat eingerichtet sind.⁴⁾

Teilweise wird die Ansicht vertreten, für Angestellte und Arbeiter des öffentlichen Dienstes stelle sich das Zugangsproblem anders dar, da die Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses nicht wie bei den Beamten durch Gesetz sondern durch Vertrag erfolge.⁵⁾

Dabei wird jedoch die überragende Bedeutung des Art. 33 Abs. 2 GG verkannt. Es ist zwar richtig, daß grundsätzlich eine Vertragsfreiheit

1) Maunz MDHS, Art. 33 RN 12.

2) VGH Baden-Württemberg, NJW 1950, 836, 837 f.; Anschütz, WRV Anm. 7 Abs. 1 und 2 zu Art. 128; vgl. weiter Hamann/Lenz, Erl. C 2 Abs. 7 zu Art. 33; Klein in Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 33 RN 5.

3) Klein in Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 33 RN 5; Maunz in MDHS, Art. 33 RN 13 m.w.N.

4) Klein in von Mangoldt/Klein Art. 33 Anm. IV 4; Klein in Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 33 RN 5; Maunz in MDHS Art. 33 RN 15.

5) Bellgardt, S. 21.

von Arbeitnehmern und Arbeitgebern beim Ausschluß von Arbeitsverträgen besteht. Ein öffentlicher Arbeitgeber kann sich aber nicht auf Vertragsfreiheit berufen, wenn er durch die Verweigerung der Einstellung gegenüber einem Angestellten oder Arbeiter Art. 33 Abs. 2 GG verletzen würde. Diese Bestimmung hat Vorrang, weil nur so die Behörde zu einem rechtmäßigen und verfassungsmäßig gebotenen Verhalten veranlaßt werden kann.¹⁾ Auch Angestellte und Arbeiter unterstehen daher uneingeschränkt dem Schutz des Art. 33 Abs. 2 GG.

Darüber hinaus wird der Begriff des öffentlichen Amtes teilweise auf jeden durch öffentliche Berufspflichten gekennzeichneten Beruf erstreckt.²⁾ Gedacht wird dabei in erster Linie an Notare und Rechtsanwälte. Das Bundesverfassungsgericht hat, allerdings ohne auf Art. 33 GG Bezug zu nehmen, dazu aus einzelnen Vorschriften der Bundesnotarordnung und der alten Reichsnotarordnung hergeleitet, daß der Notar Träger eines öffentlichen Amtes sei.³⁾ In einer weiteren Entscheidung hat es diese Auffassung bestätigt und ausgeführt, der Notar sei zwar kein Beamter, stehe jedoch dem Richter nahe; sein Beruf sei daher dem öffentlichen Dienst sehr verwandt, so daß auf ihn die Sonderregeln des Art. 33 Abs. 2 GG angewendet werden könnten.⁴⁾

1) BAG, ZBR 1976, 306, 307.

2) So insbesondere Klein in v. Mangoldt/Klein, Art. 33 GG Anm. IV 4.

3) BVerfGE 16, 6, 22; im Ergebnis ebenso Klein in Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 33 RN 5.

4) BVerfGE 17, 371 ff.;

Diese Meinung, wonach jeder Beruf, der öffentlichen Pflichten unterliegt, ein öffentliches Amt darstellt, ist abzulehnen. Die Trennlinie zwischen freiem Beruf und öffentlichem Amt würde andernfalls verwischt, da es letztlich heute kaum mehr einen Beruf gibt, dem das öffentliche Recht nicht Pflichten auferlegt und der deshalb dem öffentlichen Dienst nahegerückt sein könnte.¹⁾

Diese Konsequenz wird noch deutlicher in einem Urteil des Württemberg-Badischen Verwaltungsgerichtshofes zu der Frage, ob Rechtsanwälte öffentliche Ämter bekleiden.²⁾ Das Gericht hat die Entscheidung mit dem Hinweis offengelassen, selbst wenn die Rechtsanwaltschaft nicht als ein öffentliches Amt im engeren Sinne anzusehen sei, müsse doch Art. 33 Abs. 2 GG entsprechend angewendet werden; wenn schon jeder Deutsche den gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt habe, so müsse a maiore ad minus geschlossen werden, daß ihm der gleiche Zugang zu den sogenannten freien Berufen, zumal wenn es sich wie bei der Rechtsanwaltschaft um einen Beruf mit amtsähnlichem Charakter handle, grundsätzlich nicht verschlossen werden dürfe. Diese Argumentation führt dazu, die Garantien des Art. 12 GG für die freien Berufe zu untergraben und stets die Einschränkung des Art. 33 GG anzuwenden. Notare, Rechtsanwälte und alle anderen freien, wenn auch mit öffentlichen Pflichten behafteten Berufe werden daher von Art. 33 Abs. 2 GG nicht berührt.³⁾

1) Maunz in MDHS, Art. 33 RN 13 Fn. 1.

2) Württemberg-Badischer VGH, NJW 1950, 837 f.

3) Für Rechtsanwälte im Ergebnis ebenso: BVerwGE 2, 151, 153; Bayer. VerfGH, JZ 1951, 346.

4. Aktualität des Themas

Der Rechtsschutz der Bewerber im Streit um die Besetzung einer Arbeitsstelle im öffentlichen Dienst war noch vor relativ kurzer Zeit eine unbekannte Größe.¹⁾ Die Konkurrenzklage, sofern überhaupt erörtert, wurde mit der lapidaren Bemerkung abgetan, die Besonderheiten des Beamtenrechts ließen einen Rechtsschutz insoweit nicht zu.

Erst in den letzten Jahren ist dieses Thema mehr in das Blickfeld juristischer Betrachtungen getreten. Neben der Literatur, die sich in steigendem Maße und mit zunehmend durchdachteren Stellungnahmen an der Diskussion beteiligt, hat sich auch die Rechtsprechung bereits mehrfach mit der Konkurrenzklage beschäftigen müssen. Darüberhinaus war im Jahre 1980 dieser Komplex Gegenstand des 6. Deutschen Verwaltungsrichtertages in Kassel.

Die aktuelle Bedeutung des Rechtsschutzes gegen beamtenrechtliche Personalentscheidungen entspricht weder einer legislativen Veränderung, noch hat sie sich in einer solchen dokumentiert. Gegner wie Befürworter der Rechtsschutzeröffnung in diesem Bereich berufen sich zur Begründung ihrer Ansichten nach wie vor auf ein und dieselbe Vorschrift, auf Art. 33 Abs. 2 GG. Dieses Verfassungsrecht verbrieft seit mehr als einem Jahr-

1) Sollte, NJW 1980, 1027.

hundert für jeden Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Seit seinem Bestehen ist das Zugangsrecht noch keiner ernsthaften Kritik unterzogen worden. Auch heute wird Art. 33 Abs. 2 GG nicht angegriffen. Die Rechtsschutzproblematik entspringt vielmehr einem Auslegungstreit und hier der Frage, ob Art. 33 Abs. 2 GG dem einzelnen Bewerber ein subjektives öffentliches (Zugangs-) Recht verleiht, oder ob es sich um ein Recht handelt, "das zu achten der Herrschaft als Tugend aufgegeben sei, ja an dem sich ihre Tugendhaftigkeit ausweise, das aber als Norm schwach und ungeschützt dastehe und gegen alle Mißachtung und Verhöhnung eben nichts als sein hohes Pathos zu setzen habe."¹⁾

Diese Auslegungsfrage bildet die Basis der vorliegenden Arbeit. Bei ihrer Beantwortung spielt neben den Vorstellungen der Normgeber und der geschichtlichen Entwicklung auch das heutige Verfassungsverständnis eine wesentliche Rolle. Daher bietet es sich geradezu an, nach den Ursachen der Aktualität dieses Themas zu suchen und daraus Maßstäbe für eine sachgerechte Problemlösung zu gewinnen.

Das wachsende Interesse der Bürger nach Rechtsschutz wird vielfach mit der in letzter Zeit immer angespannteren Arbeitsmarktlage erklärt.²⁾

1) Tietgen, Festschrift, 325.

2) Bellgardt, S. 18, Isensee, Festgabe, 337, 356; Schenke, Festschrift, 571 f.; Solte, NJW 1980, 1027 f.

Dieses Argument scheint auf den ersten Blick bestechend logisch zu sein. Die stark steigenden Arbeitslosenzahlen haben bei nur wenig wachsendem, stagnierendem oder gar rückläufigem Stellenangebot auch im öffentlichen Dienst einen (verschärften) Konkurrenzkampf unter den Bewerbern ausgelöst. Solange die Verwaltung sich ständig ausdehnte und sich durch einen großen Personalbedarf auszeichnete, konnte jeder, der es wollte und über die notwendige Qualifikation verfügte, Beamter werden. Traten dennoch Schwierigkeiten bei der Erlangung eines Amtes oder Dienstpostens auf, ließ sich recht leicht eine Ausweichstelle ebenfalls im öffentlichen Dienst finden. Wenn dagegen die Verwaltung - wie heute - zunehmend mehr Bewerber ablehnen muß, weil das Potential an freien Stellen klein ist, liegt es nahe, die Rechtspflege zu Rate zu ziehen.

Die schwierige Situation auf dem Arbeitsmarkt ist aber bei näherer Betrachtung nicht geeignet, allein als Grund für die Aktualität der beamtenrechtlichen Rechtsschutzproblematik zu dienen. Zum einen kann dadurch nicht erklärt werden, warum nicht nur bei Anstellungen, sondern auch bei Beförderungen um Rechtsschutz nachgefragt wird; bei dem Streit um ein Beförderungssamt spielen ja Gedanken an die Arbeitslosigkeit keine Rolle mehr. Zum anderen betrifft die Arbeitsmarktlage nur das Verhältnis der Bewerber untereinander, die Beurteilungskonkurrenz. Das geringe Stellenangebot läßt wohl Konkurrenzsituationen entstehen, schafft aber nicht erweiterte Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber dem Staat. Der härteste Konkurrenzkampf unter den Bewerbern würde

verpuffen, wenn heute wie früher das Bewußtsein vorherrschte, gegen beamtenrechtliche Personalentscheidungen könne kein Rechtsschutz erwirkt werden.

Zur weiteren Erklärung der Aktualität von Rechtsschutzfragen wird oft darauf verwiesen, daß das in Art. 33 Abs. 2 GG verankerte Leistungsprinzip durch die immer noch vorhandene oder gar zunehmende Ämterpatronage aushöhlt werde¹⁾; ein wirksamer Rechtsschutz vermöge das Leistungsprinzip zu effektuieren.²⁾

Daran ist sicher richtig, daß gerade bei knappem Stellenangebot ein großes Bedürfnis der Bürger nach Gerechtigkeit bei der Verteilung und nach Ausschaltung jeder Art von Ämterpatronage besteht. Aber auch hier gelten die oben geäußerten Einschränkungen. Insbesondere eröffnet der Unstand, daß de facto Ernennungen nicht nur nach dem Leistungsprinzip vorgenommen werden, de iure keine neuen Rechtsschutzwege.

1) Von Arnim, Ämterpatronage durch politische Parteien; Bellgardt, S. 19; Eschenburg, Ämterpatronage; Gunst, Personalpolitik zwischen Macht und Recht; Isensee, Festgabe, 337, 356; v. Münch, ZBR 1960, 245, 247; Schenke, Festschrift, 571, 572; Solte, NJW 1980, 1027 f.

2) Schenke, Festschrift, 571 f.

Die eigentliche Erklärung liegt in dem gewandelten Rechtsbewußtsein der Bürger, das allerdings durch die Arbeitsmarktlage und die Gefährdung des Leistungsprinzips mitverursacht worden sein mag. Dieser Punkt kommt in der Literatur vielfach nur am Rande zur Sprache, etwa wenn von der stärkeren verfassungsrechtlichen Durchdringung des Beamtenrechts die Rede ist¹⁾, wenn nach mehr Gerechtigkeit bei der Ämterverteilung gerufen wird²⁾, oder wenn das Verlangen angesprochen ist, den Zugang zu den öffentlichen Ämtern stärker als bisher den Prinzipien und auch den formalen Techniken des Rechtsstaates zu unterstellen.³⁾

Deutlichen Ausdruck findet die Veränderung des Rechtsbewußtseins durch den Hinweis auf die moralische Bedenklichkeit der Konkurrentenklage.⁴⁾ Angesichts einer nahezu uneingeschränkten Allmacht des Staates und Dienstherrn war es früher undenkbar, gegen beamtenrechtliche Personalentscheidungen Rechtsmittel zu erwägen. Im kirchenrechtlichen Bereich bestanden insoweit sogar ausdrückliche Regelungen:

"Ein Geistlicher, welcher seine Amtsbrüder erweislich um ihre Beförderung beneidet, soll, solange er in diesem Fehler verharret, selbst keinen Anspruch auf Beförderung haben."⁵⁾

1) Schenke, Festschrift, 571, 572.

2) Isensee, Festgabe, 337, 356.

3) Tietgen, Festschrift, 325, 326.

4) Achterberg, DVBl. 1981, 278, 282.

5) Decretium Gratiani (c. 7 D. 46), zit. bei Siegmund-Schultze, VerwArch. 73 (1982), 137, 138.

Im übrigen Rechtsbereich war ein Streben nach Rechtsschutz nicht ausdrücklich untersagt, es standen aber feste moralische Grundsätze dagegen, die sich zu Gesetzesautorität verdichtet hatten. Eine solchermaßen hörige Einstellung der Bürger gegenüber dem Staat besteht heute nicht mehr. Aus dem geknechteten Untertan des Monarchen ist der freiheitsbewußte Staatsbürger gewachsen, der den Dienstherrn weniger als Autorität denn als bloßen Arbeitgeber betrachtet. Der Beamte hat nicht mehr die bloßen Interessen des Staates im Sinn, er strebt im täglichen Leben vielmehr auch verstärkt nach Aufwertung der eigenen Position.

Die heute stark ausgeprägte Aufstiegsgesellschaft spart auch den öffentlichen Dienst nicht aus.¹⁾ Zur Durchsetzung der Aufstiegsinteressen wird dabei oft jedes Mittel herangezogen. Sittliche Bedenken dagegen, seinen Dienstherrn zu verklagen, sind weitgehend verflogen. Deutlicher Ausdruck des geänderten Rechtsbewußtseins ist die erfolgte Schaffung des Personalvertretungsrechts.²⁾ Allein die in monarchischen Zeiten undenkbbare Existenz derartiger Vertretungen und auch der Interessenverbände legt Zeugnis ab für das gestiegene Selbstwertgefühl der Beamtenschaft gegenüber dem Staat.

1) Tietgen, Festschrift, 325, 329.

2) Darauf verweist zu recht: Tietjen, Festschrift, 325, 328 f.

Derartige Wandlungen im Verhältnis Bürger - Staat sind im Übrigen nicht auf das Beamtenrecht beschränkt. Im Zuge der Entstehung einer selbständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Entwicklung immer umfassenderer Rechtsschutzmöglichkeiten wurden selbst die verkrustetsten Bereiche staatlicher Herrschaft aufgebrochen und einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich gemacht. Dies gilt beispielsweise für das Erziehungswesen und das Strafgefangenenrecht. Kennzeichnend für diese Bereiche ebenso wie für das Beamtenrecht ist der Umstand, daß der althergebrachte Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses¹⁾ heute nur noch von wenigen verwendet wird und daß stattdessen mehr die Verfassungspositionen der Bürger hervorgehoben werden. Für das Beamtenrecht ist darüber hinaus abzusehen, daß diese Entwicklungen, die noch längst nicht abgeschlossen sind, auch die Standfestigkeit der hergebrachten Grundsätze des Beamtenrechts auf die Probe stellen werden. In diesem Zusammenhang sei nur an die Überlegungen zur Einführung der Teilzeitbeamten und des sogenannten "Job-Sharing" erinnert, nicht zuletzt auch an die Diskussionen um das Streikrecht für Beamte.²⁾

So gesehen handelt es sich bei der Konkurrentenklage um ein zeitgemäßes Problem, bei dem sich moderne Bedürfnisse zu Anspruchsinhalten verdichten und auf einen Wall beamtenrechtlicher Traditionen treffen. Die vorliegende Arbeit soll dazu beitragen, eine Harmonie zwischen diesen beiden Polen zu fin-

1) Ule, VVDStRL 15 (1957), 133 ff.; zur geschichtlichen Entwicklung: Erichsen, Festschrift, 219 ff.

2) Vgl. allg. zu neueren Tendenzen: Stern, Festschrift, 193 ff.

den. Allein diese Zielsetzung erhellt, daß die Lösung nicht in einer formal-juristischer Betrachtungsweise gefunden werden kann, sondern sich aus einer ~~extrem~~ verfassungsrechtlich orientierten Bewertung und Abwägung der gesetzlichen Positionen ableiten muß.

2. Teil:

Hauptteil

Form und Inhalt der Rechtsschutzmöglichkeiten wird determiniert durch die individuellen Bedürfnisse des jeweiligen Bewerbers in der konkreten Situation. Daher werden im folgenden die einzelnen Konkurrenzverhältnisse einer gesonderten Betrachtung unterworfen.

Eine grundlegende Unterscheidung ist bereits zwischen der sogenannten Amtskonkurrenz und der Dienstpostenkonkurrenz getroffen worden.¹⁾ Die Amtskonkurrenz spaltet sich dagegen - was vielfach nicht ausreichend gewürdigt wird - in zwei Unterfälle auf: In einem Fall ist das von den Bewerbern angestrebte Amt noch frei, während es im anderen Fall bereits mit einem Konkurrenten besetzt ist. Die Verschiedenartigkeit der konkurrierenden Bewerberinteressen und damit der Rechtsschutzprobleme liegt auf der Hand. Im ersten Fall geht es im wesentlichen um die Frage, ob ein Bewerber seine Ernennung in bezug auf das freie Amt erzwingen kann. Im zweiten Fall steht dagegen hauptsächlich zur Debatte, ob der Bewerber den bereits ernannten Konkurrenten wieder aus dem Amt vertreiben kann, um sodann sich selbst an dessen Stelle zu setzen.

Es wird teilweise versucht, diesen Unterschied auch terminologisch zu erfassen, indem im ersten Fall von einer "Ernennungsklage" und im zweiten Fall von einer "Konkurrentenklage" gesprochen wird.²⁾

1) S. o. S. 5.

2) Finkelnburg, DVBl. 1980, 809 f.

Im Gegensatz zu dem weit Überwiegenden Teil der Literatur und der Rechtsprechung, die beide Konstellationen unter dem Begriff der Konkurrentenklage zusammenfaßt, wird so zwar ein Trennungsstrich zwischen den beiden Unterfällen der Amtskonkurrenz gezogen, allerdings recht unpräzise. Diese Formulierung wird zutreffend von ihrem Urheber selbst als "rechtlich unscharf" bezeichnet.¹⁾ Letztlich geht es nämlich immer um eine Ernennung im Wettstreit mit Konkurrenten. Hervorzuheben ist demgegenüber der Unterschied zwischen dem Rechtsschutz der Bewerber in der Konkurrenz um ein freies Amt und in der Konkurrenz um ein bereits besetztes Amt.

1. Kapitel:

Die Amtskonkurrenz vor der Ernennung eines Konkurrenten

An dieser Stelle sollen die Rechtsschutzmöglichkeiten der Bewerber, beschränkt auf die Zeit bis zur Ernennung eines Konkurrenten, erörtert werden. Bereits dieser Teilbereich kennt infolge seiner Komplexität fast das gesamte Spektrum der Rechtsschutzformen, jeweils zugeschnitten auf den Einzelfall.

Der Ernennung eines Beamten geht ein langer Entscheidungsfindungsprozeß voraus. Am Anfang steht die Bestandsaufnahme, die ein Bild über Anzahl und Art der vorhandenen und zu besetzenden Ämter liefert. Dazu können Überlegungen treten, zusätzliche

1) Finkelnburg, DVBl. 1980, 809 f.

neue Ämter zu schaffen und zu vergeben. Sodann sind die freien oder erstmals zu besetzenden Ämter auszuschreiben, soweit dies nach § 8 BBG, § 4 BLV erforderlich ist. Schließlich müssen die Bewerbungen entgegengenommen, gesichtet, bewertet und miteinander verglichen werden. In der Regel werden darüber hinaus Vorstellungsgespräche mit den in die engere Wahl gezogenen Bewerbern geführt, die dann wiederum zu bewerten sind. Am Ende steht die Auswahl und Ernennung der am besten geeigneten Bewerber.

Jeder Schritt, jede Zwischenentscheidung in diesem oft monatelangen Prozeß ist geeignet, den Bewerbern Anlaß zur Kritik zu geben. Ansatzpunkte können sein ein vermeintlich zu restriktives Stellenangebot, eine falsche Bewertung ihrer bisherigen Leistungen, eine nicht sachgerechte Bewertung der Bewerbung oder die Bevorzugung eines erwiesenermaßen weniger geeigneten Konkurrenten. Dementsprechend ist, immer das Ziel der eigenen Ernennung vor Augen, z. B. an die Anfechtungsklage zur Beseitigung eines eventuellen Ablehnungsbescheides und an die Verpflichtungsklage zur Herbeiführung der Ernennung zu denken. Zur Erzwingung einzelner Maßnahmen im Rahmen des Besetzungsverfahrens kommt ferner die allgemeine Leistungsklage in Betracht, während mit der Feststellungsklage bestimmte Rechtspositionen des Bewerbers geklärt werden können. Die vorbeugende Unterlassungsklage sowie der einstweilige Rechtsschutz sind in Betracht zu ziehen, wenn die Ernennung eines Konkurrenten kurz bevorsteht.

1. Abschnitt:

Verpflichtungsklage eines Bewerbers,
gerichtet auf die eigene Ernennung

Die Verpflichtungsklage, mit der die Verpflichtung des Dienstherrn zur Ernennung des Klägers erreicht werden soll, ist der am weitesten gehende Rechtsbehelf. Allerdings reicht er, darauf sei hier vorab hingewiesen, zur Absicherung des zu Unrecht zurückgesetzten Bewerbers nicht immer aus. Allein durch die Erhebung einer solchen Klage wird der Dienstherr nicht daran gehindert, während des Klageverfahrens einen Konkurrenten des Klägers zu ernennen. So empfiehlt es sich unter Umständen, gleichzeitig um vorläufigen Rechtsschutz nachzusuchen.

A. Zulässigkeit der Verpflichtungsklage

I. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges

Als Spezialnorm gegenüber § 40 Abs. 1 VwGO ordnet § 126 Abs. 1 BRRG den Verwaltungsrechtsweg für alle Klagen der Beamten aus dem Beamtenverhältnis an. Darunter fallen zunächst sämtliche Klagen, mit denen ein Anspruch auf eine Beförderung geltend gemacht wird. In diesen Fällen ist der Kläger bereits Beamter und klagt beamtenrechtliche Ansprüche ein.

Nach einhelliger Auffassung erfaßt § 126 Abs. 1 BRRG darüber hinaus auch Klagen auf Anstellung.¹⁾ Zwar ist der Kläger hier gerade noch kein Beamter, so daß der Wortlaut des § 126 BRRG eigentlich diese Situation nicht trifft. Der Sinn dieser Bestimmung gebietet jedoch seine erweiterte Auslegung dahin, daß es für die Rechtswegverweisung entscheidend ist, ob es sich um eine Klage handelt, die im Beamtenrecht ihre Grundlage hat. Denn § 126 Abs. 1 BRRG will erreichen, daß alle beamtenrechtlichen Fragen durch Verwaltungsgerichte entschieden werden.

1) BVerwGE 26, 31, 33; OVG Rheinland-Pfalz, AS 9, 137, 139 f.; Redeker/v. Oertzen, § 40 RN 30 m. w. H.; für die Klage eines Nichtbeamten auf Zulassung zu einer beamtenrechtlichen Eingangsprüfung: VGH Baden-Württemberg, DVBl. 1974, 49; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 286; Wolff/Bachof II, § 117 III a 1; Für die Klage auf Zulassung zum Auswahlwettbewerb für den höheren Dienst: OVG Münster, ZBR 1969, 247, 248.

So soll gewährleistet werden, daß die Fragen des Beamtenrechts einheitlich von den Stellen beurteilt werden, die infolge ihrer ständigen Beschäftigung mit dieser Materie die größte Gewähr für eine zutreffende Entscheidung bieten.¹⁾ Es handelt sich dabei um sogenannte "Ansprüche vorbeamtenrechtlicher Art" mit einer dem Beamtenrecht zugeordneten Anspruchsgrundlage.²⁾

Im einzelnen sind mehrere Möglichkeiten zu unterscheiden. Soweit der Kläger seinen Anspruch generell auf Art. 33 Abs. 2 GG³⁾ stützt, beruft er sich erkennbar auf eine dem Beamtenrecht zugeordnete Anspruchsgrundlage, so daß der Verwaltungsrechtsweg ohne weiteres eröffnet ist.

Wenn der Kläger dagegen unabhängig von den Erfordernissen des Art. 33 Abs. 2 GG sich zur Begründung seines Einstellungsanspruches auf eine ihm erteilte Zusicherung bezieht, ist entscheidend, ob es sich dabei ebenfalls um eine dem Beamtenrecht zugeordnete Anspruchsgrundlage handelt. Zwar stellt eine Zusicherung nicht eine Vorschrift des Beamtenrechts im Sinne eines Gesetzes dar; nach dem Sinn des § 126 Abs. 1 BRRG ist aber nur darauf abzustellen, ob die Ansprüche aus einem Beamtenverhältnis abgeleitet sind. Unter

1) OVG Rheinland-Pfalz, AS 9, 137, 140 und RiA 1966, 16, 17.

2) BVerwGE 26, 31, 33; Redeker/v. Oertzen, § 40 RN 30; Wolff/Bachof II, § 117 III a 1; für vermögensrechtliche Ansprüche eines Nichtbeamten aus Zusicherung: BGHZ 23, 26, 39 f.

3) Zu den denkbaren Anspruchsgrundlagen: S. 36.

diesen Begriff des Beamten (-vor-) verhältnisses sind auch öffentlich-rechtliche Rechtsgeschäfte, sprich beamtenrechtliche Zusicherungen, zu fassen.¹⁾ Andernfalls würde der Zweck des § 126 Abs. 1 BRRG, alle beamtenrechtlichen Fragen einer einheitlichen und kompetenten Entscheidung zuzuführen, nicht erreicht werden können. Auch Ansprüche aus Zusicherungen sind daher vor den Verwaltungsgerichten zu erheben.

Ernennungsansprüche können darüber hinaus nach oft vertretener Auffassung auch aus Schadensersatzgesichtspunkten im Wege der Naturalrestitution verfolgt werden.²⁾ Unter den Vertretern dieser Ansicht besteht keine Einigkeit darüber, ob als Anspruchsgrundlage Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB neben der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht in Betracht kommt³⁾, oder ob beide Gesichtspunkte zu einem einheitlichen Anspruch verschmelzen.⁴⁾

-
- 1) Für Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung einer beamtenrechtlichen Zusicherung: OVG Rheinland-Pfalz, AS 9, 137, 140.
 - 2) Wegen Verletzung der Fürsorgepflicht oder wegen Nichteinhaltung einer Zusicherung.
 - 3) So z.B. BVerwGE 13, 17, 18 f. m.w.H.; RGZ 18, 174 und 243; RGZ 92, 178; RGZ 146, 368.
 - 4) Vgl. dazu Hessischer VGH, ZBR 1960 117, 118 f.; BGHZ 29, 310, 312 ff.

Wenn § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG als alleinige Anspruchsgrundlage infrage käme, wären damit alle Schadensersatzansprüche den Zivilgerichten und dort gem. § 71 Abs. 2 Nr. 1 GVG den Landgerichten zugewiesen. Wenn dagegen daneben noch Raum für einen separaten Schadensersatzanspruch aus einer Fürsorgepflichtverletzung bliebe, wäre dafür auch der Weg zu den Verwaltungsgerichten über § 12⁶ BRRG offen.

Dieser Streit hätte sich im übrigen auch unter der Geltung eines wirksamen Staatshaftungsgesetzes in der vorgesehenen Fassung¹⁾ nicht erledigt, da nach wie vor eine Rechtswegspaltung möglich gewesen wäre, soweit der Kläger Geldersatz verlangt hätte. Verantwortlich dafür wäre Art. 34 GG gewesen, der es verbietet, den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten auszuschließen²⁾. Dagegen wäre gem. § 18 Abs. 2 Satz 1 StHG für Streitigkeiten über Folgenbeseitigungsansprüche im Sinne des § 3 StHG einheitlich der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet gewesen.

1) Die Einführung war vorgesehen zum 1.1.1982, das Gesetz wurde jedoch vom BVerfG für nichtig erklärt: BVerfG, ZBR 1982, 375 (Leitsatz).

2) Schäfer/Bonk, StHG § 18 RN 7, 44.

II. Verpflichtungsklage als die richtige Klagart

Die Verpflichtungsklage ist, soweit es um Ernennungen geht, die richtige Klageart gem. § 42 Abs. 2 VwGO.¹⁾ Ernennungen sind sowohl in der Form der Anstellung als auch in der Form der Beförderung und auch sonst als (mitwirkungsbedürftige) Verwaltungsakte anzusehen.²⁾ Ihre Qualität als nach außen wirkende Regelungen beziehen sie daher, daß sie die Statusbeziehungen des Beamten zum Staat betreffen und ihn nicht nur im internen Rechtsweg berühren.

Bereits jetzt sei darauf hingewiesen, daß für die noch zu erörternde Umsetzung etwas anderes gilt. Diese ist nach neuerer Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts³⁾ nicht als Verwaltungsakt anzusehen und kann dementsprechend auch nicht im Wege der Verpflichtungsklage erzwungen werden.

1) Für Dienstposten: Hessischer VGH, ZBR 1977, 370; für Notare: BGH, NJW 1977, 1962; v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 105; Schick, DVBl. 1975, 741, 747; Solte, ZBR 1972, 109, 112.

2) Battis, BBG § 6 Anm. 1; v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 26, 59; v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 104 f.; Scheerbarth/Höffken, S. 222; Tietgen, Festschrift, 325, 340; Ule, BRRG § 5 RN 1; Wolff/Bachof II, § 111 IV a.

3) Dazu Menger, VerwArch. 72 (1981), 149 ff.

4) Zum Begriff des Verwaltungsakts: Wolff/Bachof I, § 46 I c.

III. Vorverfahren

§ 68 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 VwGO normiert für Verpflichtungsklagen das Erfordernis eines verwaltungsrechtlichen Vorverfahrens. In § 126 Abs. 2 Nr. 1 BRRG ist dies für den Bereich des Beamtenrechts zusätzlich und zwingend vorgeschrieben. Hinsichtlich der Ausgestaltung des Vorverfahrens sind die einzelnen Verfahrenswege gesondert zu betrachten.

Es ist denkbar, daß der Kläger auf seine Bewerbung um das ausgeschriebene Amt eine förmliche Ablehnung mit einer Rechtsmittelbelehrung erhält. In diesem Fall hat er Widerspruch gem. § 69 VwGO in einer Frist von einem Monat seit Erhalt des Ablehnungsbescheides zu erheben, § 70 VwGO. Nach Zurückweisung des Widerspruchs kann er wiederum binnen eines Monats nach Zustellung des entsprechenden Bescheides Klage vor dem örtlich zuständigen Verwaltungsgericht erheben; sog. Vornahmeklage gem. § 74 VwGO. Diese Fristen beginnen jedoch nur zu laufen, wenn dem Bescheid eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung beigefügt ist, § 58 Abs. 1 VwGO. Wenn das nicht geschehen ist, kann ein Rechtsmittel noch bis zu einem Jahr seit Zustellung des Bescheides eingelegt werden, § 58 Abs. 2 VwGO.

Wahrscheinlicher ist der Fall, daß der nicht berücksichtigte Bewerber keinen förmlichen, rechtsmittelfähigen Ablehnungsbescheid erhält, sondern nur durch eine mündliche Auskunft oder gar erst durch die Ernennung eines Konkurrenten von seiner Ablehnung erfährt. Diese als üblich anzusehende Verfahrensart der Verwaltungsbehörden hat

ihren geschichtlichen Ursprung in einer Zeit, in der die Bürger unter Einschluß der Staatsdiener in ihrem Wohlergehen dem Herrscher ausgeliefert waren und die Ernennung sich noch als Majestätsrecht darstellte. Heute kann eine derartige Praxis vor dem Verfassungsrecht nicht mehr bestehen. Die Beziehung des Beamten zum Dienstherrn ist als ein Verhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten anerkannt, in dem der Beamte nicht nur Diener ist, sondern dem Dienstherrn vielmehr auch als Rechtssubjekt gegenübersteht. Dieser Stellung würde er beraubt, wollte man es mehr oder minder dem Zufall überlassen, ob er von seiner Ablehnung Kenntnis bekommt. Es ist im Gegenteil allgemein ein Gebot des Rechtsstaatsgedankens, nachteilige Entscheidungen gegenüber dem Betroffenen überhaupt bekanntzugeben und darüberhinaus zu erläutern.¹⁾

Dies gilt auch und aufgrund der Fürsorgepflicht des Dienstherrn gerade im Beamtenrecht. Es ist kein Grund ersichtlich, der es notwendig oder auch nur sinnvoll erscheinen ließe, den einzelnen Bewerber erst durch die Ernennung eines anderen darauf hinzuweisen, daß das Produkt des geheimnisvollen Ernennungsverfahrens die Ablehnung der eigenen Bewerbung ist. Angesichts des Umstandes, daß die Bewerber namentlich feststehen, ist es auch verwaltungstechnisch ein leichtes, sie mit entsprechenden Bescheiden zu bedenken. Ausnahmen mögen allenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn den Bewerbern die Einleitung des Bewerbungsverfahrens unbekannt geblieben ist, wie beispielsweise im Rahmen von Beförderungen. Hier wird eine Auswahl unter den in Betracht kommenden Personen getroffen, ohne sie unbedingt

1) Zur Begründungspflicht in bezug auf schriftlich ergangene Ablehnungsbescheide: Bellgardt, S. 112.

zuvor informiert zu haben. Es muß aber auch in diesem Fall ein Bescheid ergehen, wenn nachträglich darum ersucht wird.

Hat der Bewerber in einer Zeit von drei Monaten seit Einreichung seiner Bewerbung noch keine Entscheidung bekommen, erschließt ihm § 75 VwGO die theoretische Möglichkeit, ohne Durchführung eines Vorverfahrens, Klage auf die eigene Ernennung zu erheben. Die Klagefrist beträgt in solchen Fällen gem. § 76 VwGO ein Jahr seit Stellung eines Antrages auf Vornahme des Verwaltungsaktes, also seit der Bewerbung. Von diesem Weg ist jedoch abzuraten. Vor Bekanntgabe der behördlichen Entscheidung bestünde ein nicht einzuschätzendes Prozeß- und Kostenrisiko. Zum einen könnte die Behörde ohnehin bereits die Ernennung des Klägers ins Auge gefaßt haben, so daß die Klage sich erledigen würde. Zum anderen kommt die Auswahlentscheidung der Behörde unter Ausschöpfung eines Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraums unter Berücksichtigung von dem Kläger nicht immer vollständig bekannten Einzelfallumständen zustande, so daß sich nicht vorhersagen läßt, ob der Kläger überhaupt auch nur eine Chance hat, ernannt zu werden. Eine Klage ist deshalb erst dann sinnvoll, wenn der Kläger die Tatsache und die Begründung der Ablehnung kennt.¹⁾

1) Es sind also Fälle denkbar, insbesondere wenn ein rechtsmittelfähiger Ablehnungsbescheid nicht ordnungsgemäß ergeht, in denen noch ein Jahr nach erfolgter Ernennung eines Konkurrenten eine Klage mit dem Ziel der eigenen Ernennung erhoben werden kann. Aus diesem Umstand wird ab und zu gefolgert, die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit sei derart unerträglich, daß schon deshalb eine Konkurrentenklage a priori unzulässig sei.

IV. Klagebefugnis

Die Frage nach der Klagebefugnis¹⁾ des Bewerbers ist in rechtlicher Hinsicht das Zentralproblem der auf eine Ernennung gerichteten Verpflichtungsklage. Gem. § 42 Abs. 2 VwGO ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung in seinen Rechten verletzt zu sein. Im Rahmen der Verpflichtungsklage kommt es dabei insbesondere auf die Ablehnung des begehrten Verwaltungsaktes an. Die Voraussetzung der Klagebefugnis verfolgt den Zweck, Popularklagen auszuschließen, damit nicht jeder beliebige Staatsbürger (quivis ex populo), sondern nur derjenige, der in Beziehung zum Streitgegenstand steht, Klage erheben kann.²⁾

1. Die Voraussetzungen des § 42 Abs. 2 VwGO

Die dogmatische Begründung und Einordnung der Klagebefugnis ist umstritten. Während manche³⁾ sie als eine selbständige Sachurteilsvoraussetzung verstehen, erblicken andere⁴⁾ in ihr einen Teilaspekt des Rechtsschutzbedürfnisses, teilweise wird sie der Prozeßführungsbefugnis zugeordnet.⁵⁾

1) Allg.: Achterberg, VerwR, S. 528 Fn. 129; Schröder, Jura 1981, 617, 620 f.

2) Achterberg, VerwR, S. 525 m.w.N.

3) H.L.: Z.B. Ule, VerwProzR, S 165 f.

4) OVG Münster, DVBl. 1964, 41, 42.

5) Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 124.

Davon unabhängig besteht heute allerdings weitgehende Einigkeit hinsichtlich der konkreten Erfordernisse dieses Zulässigkeitsmerkmals. Der Kläger muß geltend machen, in seinen Rechten verletzt zu sein. Dabei wird unter dem Begriff der Geltendmachung nicht verstanden, daß er eine Rechtsverletzung "schlüssig" vortragen müsse (so allerdings die überholte Schlüssigkeitstheorie). Es genügt vielmehr, wenn nach seinen Darlegungen eine Rechtsverletzung als möglich erscheint (sogenannte Möglichkeitstheorie).¹⁾

Daneben ist erforderlich, daß von der möglichen Rechtsverletzung eigene Rechte des Klägers betroffen sind. Früher wurde hierfür verlangt, daß es sich um ein subjektives öffentliches Recht handeln müsse.²⁾ Diese enge Betrachtungsweise ist einer extensiven Interpretation des Begriffs "Rechte" in § 42 Abs. 2 VwGO gewichen. Heute wird es überwiegend als ausreichend angesehen, wenn die möglicherweise verletzte Norm zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt ist (sogenannte Schutznormtheorie).³⁾

1) Eyermann/Fröhler, § 42 RN 85 m.w.H.

2) Eyermann/Fröhler, § 42 RN 85 m.w.H.; Friauf, DVBl. 1971, 713, 714; heute noch z.B.: Thiele, ZBR 1980, 183.

3) BVerwGE 39, 235, 236 f.; Achterberg, DVBl. 1982, 278, 279; Achterberg, VerwR, S. 526 f.; Bartlsperger, VerwArch. 60 (1965), 35, 49; Fromm, VerwArch. 56 (1961), 26, 31 ff.; Kopp, § 42 RN 116; Mössner, JuS 1971, 131, 134 f.; Scholz, WirtschaftsR 1972, 35, 53 ff.; Zuleeg, DVBl. 1976, 509, 511, 513.

Es genügt allerdings nicht, daß eine Norm oder ein Normengeflecht den Bürger nur rein tatsächlich als bloßer Rechtsreflex begünstigt.¹⁾ Die betreffende Vorschrift muß jedenfalls auch direkt den rechtlichen Schutz eines einzelnen im Auge haben. Bei Ermessensentscheidungen gilt, daß auch die mögliche Verletzung des Rechts auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung zur Klagebefugnis führt.²⁾ Geschützte Rechtspositionen können sich nicht nur aus dem Gesetz ergeben, auf das der begehrte Verwaltungsakt gestützt wird, sondern vielfach auch aus dem Verfassungsrecht selbst,³⁾ vor allem aus den Grundrechten. Gerade im baulichen Nachbarrecht, im Subventionsrecht⁴⁾ und im Immissionsschutzrecht ist im Wege der Auslegung einfachgesetzlicher Bestimmungen oftmals auf das Verfassungs-

1) BVerwGE 39, 235; Kopp, § 42 RN 116; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 112.

2) BVerfG, DÖV 1970, 237, 238 f.; BVerwGE 10, 112, 113; Kopp, § 42 RN 116; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 128.

3) Friauf, DVBl. 1971, 713, 715; Kopp, § 42 RN 116; Scholz, WirtschaftsR 1972, 35, 58.

4) Kritik übt daran im Subventionsrecht: Remmel, S. 33 Fn. 4.

recht zu verweisen. Maßgeblich ist dann das Gesamtgefüge aller in Betracht kommenden Normen und Grundsätze. Auch für die beamtenrechtliche Verpflichtungsklage auf Ernennung spielt das Verfassungsrecht eine wesentliche Rolle, wie sich sogleich zeigen wird.

Die im Rahmen der Verpflichtungsklage an die Klagebefugnis zu richtenden Anforderungen werden durch die sogenannte Antrags-theorie¹⁾ konkretisiert. Danach ist derjenige klagebefugt, dessen Antrag auf Er-
laß eines Verwaltungsakts abgelehnt wurde. Die Möglichkeit einer Rechtsverletzung ergibt sich ohne weiteren Vortrag des Klägers schon daraus, daß er durch die ungerechtfertigte Ablehnung seines Antrags in der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG beeinträchtigt ist. Allerdings berechtigt nicht jeder beliebige Antrag im Fall seiner Ablehnung zur Klageerhebung. Erforderlich ist darüber hinaus, daß die Norm bzw. das Normengeflecht, woran der Antrag zu messen ist, den Antragsteller in seinen Schutz mit einbezieht. Sonst wäre auf dem Weg über einen vor-
vorneherein ohne Erfolgsaussicht gestellten Antrag doch wieder das Tor zur Popular-
klage eröffnet.²⁾ Eine so verstandene Antragstheorie ersetzt also nur die konkrete Prüfung der Geltendmachung einer möglichen Rechtsverletzung; sie erklärt nicht die Untersuchung des Schutznormcharakters für überflüssig! Im folgenden geht es daher um

1) Achterberg, DVBl. 1981, 278, 279; Achterberg, VerwR, S. 532 m.w.N.; Ule, VerwProzR, S. 197 f.

2) Achterberg, DVBl. 1981, 278, 279.

die Frage, welche Vorschriften bei der Ernennung eine Rolle spielen und ob diese Vorschriften auch den Schutz des einzelnen Bewerbers beabsichtigen.

2. Anspruch auf Ernennung aus den Zugangs-
normen selbst, insbesondere aus Art. 33
Abs. 2 GG

Art. 33 Abs. 2 und Abs. 3 GG ist die grundlegende Norm für alle Zugangsfragen im Bereich des öffentlichen Dienstrechts. Hier wird der Leistungsgrundsatz zum Verfassungsprinzip erhoben. Art. 33 Abs. 2 GG versichert, daß jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung den gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat. Art. 33 Abs. 3 GG ergänzt dies dahingehend, daß niemand wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden darf (sogenannter Negativkatalog).

Die absolute Geltung des Leistungsprinzips wird durch mehrere einfachgesetzliche Vorschriften wiederholt. Für das Bundesrecht bestimmt § 8 Abs. 1 Satz 1 BBG¹⁾, daß die Auslese der Bewerber nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse, Glauben, religiöse oder politische Anschauungen, Herkunft oder Beziehungen vorzunehmen ist. Auf diese Vorschrift wird für die Beförderungen noch

1) Dazu Ule, BBG § 8 RN 1.

einmal ausdrücklich durch § 23 BBG verwiesen. Für den landesrechtlichen Bereich schreibt § 7 BRRG die Geltung des Leistungsprinzips mit demselben Wortlaut vor wie § 8 BBG für den Bund. Die einzelnen Landesbeamtengesetze enthalten ebenfalls entsprechende Vorschriften.

Sämtlich einfachgesetzlichen Normen, die den Zugang zum öffentlichen Dienst regeln, greifen also ohne sachliche Abweichungen den Gehalt des Art. 33 Abs. 2 und 3 GG auf. Bei der Frage nach dem Schutznormzweck kann daher ohne weiteres allein auf Art. 33 GG abgestellt werden. Die gewonnenen Ergebnisse gelten dann gleichermaßen auch für die anderen gesetzlichen Vorschriften.

Geringfügige Besonderheiten ergeben sich für das Recht der Europäischen Gemeinschaften. Beispielsweise bestimmt Art. 45 des Beamtenstatuts der EG, daß die Beförderung ausschließlich aufgrund einer Auslese nach Abwägung der Verdienste und der Beurteilungen der Beamten, die für eine Beförderung in Frage kommen, zu erfolgen hat. Art. 99 Abs. 1 Satz 1 des Statuts räumt dazu ausdrücklich die Klagebefugnis ein. Dementsprechend hat der Europäische Gerichtshof in einem Fall, in dem er sich mit einem Anspruch auf Beförderung zu beschäftigen hatte, auch ohne weiteres das Vorliegen der Klagebefugnis unterstellt.¹⁾

1) EuGH, DVBl. 1975, 773, 774.

Da es in der Bundesrepublik Deutschland eine entsprechende Vorschrift nicht gibt, muß durch Auslegung des Art. 33 Abs. 2 GG ermittelt werden, ob und inwieweit der Bürger eigene Rechte aus den Zugangsvorschriften hat und klagebefugt ist. Die Meinungen dazu gehen heute weit auseinander. Es kann jedoch festgestellt werden, daß die Argumentation mit zunehmender Beschäftigung von Literatur und Praxis mit diesem Thema im Laufe der Zeit immer differenzierter geworden ist.

a) Die Entwicklung der verschiedenen Meinungen und ihrer heutigen Aussagen

aa) Das Meinungsbild in der Literatur

- (1) Ursprünglich wurde - soweit sich die Literatur überhaupt mit der Konkurrentenklage befaßte - einhellig die Ansicht vertreten, daß Art. 33 Abs. 2 GG ausschließlich öffentlichen Interessen zu dienen bestimmt sei und deshalb keine Ansprüche der Staatsbürger zu begründen vermöge.¹⁾ Darin kam noch unverhüllt die alte Vorstellung von der Ernennung als eines in das Belieben des Herrschers gestellten Hoheitsaktes zum Ausdruck. Maßgeblich war allein, was der Machthaber im Hinblick auf seine Interessenlage bzw. auf die des Staates für sinnvoll erachtete.

1) Z.B. Plog/Wiedow/Beck, BBG § 8 RN 20.

Rechenschaft war er dabei niemandem schuldig. Der Bürger hatte alle diesbezüglichen Entscheidungen als schicksalhaft und unumstößlich hinzunehmen. Auf seine Interessen kam es bei der Auswahl der Staatsdiener nicht an.

- (2) Heute kann es als allgemeine Meinung angesehen werden, daß Art. 33 Abs. 2 GG nicht ausschließlich öffentliche Interessen sondern auch private verfolgt. Es bleibt aber die Frage, in welchem Ausmaß auch die subjektiven Interessen der Bürger geschützt sind und ob die Klagebefugnis auch die Geltendmachung eines Ernennungsanspruchs einschließt. Das hierzu vertretene Meinungsspektrum ist sehr weit.

Manche¹⁾ erklären, Art. 33 Abs. 2 GG schütze private Interessen nur soweit, wie es um das Recht zur Bewerbung gehe. Nur dieses Recht als solches könne klageweise durchgesetzt werden. Dagegen entziehe es sich dem Einfluß des Bewerbers, ob und mit wem das Amt dann tatsächlich besetzt werde. Die Entscheidung darüber stehe vielmehr im freien Ermessen des Dienstherrn und sei nicht gerichtlich überprüfbar. Art. 33 Abs. 2 GG gewährleiste lediglich ein Recht auf gleiche Chance der Bewerbung; seine Funktion bestehe in der

1) Crisolli/Schwarz, § 92 Anm. 3 c; Fischbach, § 6 II 7; Giese/Schunck, Art. 33 II 2; Ipsen, Gleichheit, 111, 113; Jess in BK, Art. 33 Anm. II 3; Klein in von Mangoldt/Klein, Art. 33 Anm. IV 1, 5; wohl auch Tietgen, Festschrift, 325, 324 f.

Klarstellung zulässiger und der Verhinderung verdeckter Ungleichheiten.¹⁾ Allerdings sei denkbar, daß der zu Unrecht abgewiesene Bewerber eine Schadensersatzklage erheben könne.

- (3) Überwiegend²⁾ wird heute die Auffassung vertreten, daß Art. 33 Abs. 2 GG dem Bürger mehr gewährt, als nur ein bloßes Bewerbungsrecht. Es bestehe ein Ermessensspielraum der Behörde bei der Auswahl der Bewerber. Diese hätten dementsprechend ein Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens unter dem Gesichtspunkt des gleichen Zugangs bei fachlicher Eignung. Ein solches Recht sei auch einklagbar, könne aber im Erfolgsfalle nur zur Neubescheidung führen und so dem Bewerber eine weitere Chance vermitteln.³⁾ Ein Anspruch auf Ernennung existiere dagegen nicht, so daß eine darauf gerichtete Klage von vorneherein zum Scheitern bestimmt sei. Eine Ausnahme gelte allenfalls dann, wenn dem Bewerber zuvor eine wirksame Zusicherung erteilt worden sei.⁴⁾

1) Ipsen, Gleichheit, 111, 193.

2) Finkelnburg, DVBl. 1980, 809 f.; Fürst, GKÖD K § 8 RN 31; Hamann in Hamann/Lenz, Art. 33 Anm. B 2; Isensee, Festgabe, 337, 351; Matthey in von Münch, Art. 33 RN 25; von Münch Öffentlicher Dienst, S. 27; von Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 108; Schack, ZBR 1961, 225, 226; Schack, ZBR 1963, 353, 354; Schmidt-Abmann, NJW 1980, 16, 17; Wolff/Bachof II, § 112 II e, §§ 111 a.

3) Finkelnburg, DVBl. 1980, 809, 810.

4) Isensee, Festgabe, 337, 354; Vallender, DÖD 1973, 4, 5.

Innerhalb dieser Meinungsgruppe wird meistens angenommen, daß mit den von Art. 33 Abs. 2 GG verwendeten Begriffen Eignung, Befähigung und fachliche Leistung dem Dienstherrn ein Beurteilungsspielraum eingeräumt sei. Allerdings stehe die Ernennungsscheidung, selbst wenn die Beurteilung sachgerecht durchgeführt worden sei, noch immer im Ermessen des Dienstherrn (sogenannte Koppelungsnorm).¹⁾ Auch nach dieser Ansicht besteht daher im Ergebnis nur ein Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens.

- (4) Daneben gibt es eine weitere Gruppe von Autoren, die - wenn auch nur unter Einschränkungen - einen gerichtlich durchsetzbaren Ernennungsanspruch anerkennen. Zwar bestehe kein allgemeiner Anspruch auf Ernennung, jedoch könne im konkreten Fall aus Art. 33 Abs. 2 GG durchaus ein Ernennungsrecht fließen.²⁾ Daran sei zu denken, wenn nach der Sach- und Rechtslage die Ernennung des Klägers die einzige rechtmäßige Entscheidung wäre. In einem solchen Fall, wie übrigens auch bei einer wirksamen Zusicherung³⁾, sei das an sich vorhandene Ermessen auf eben diese eine Entscheidung reduziert. Auch in

1) Jung, S. 167; Obermayer, BayVBl. 1975, 275 ff; Plog/Wiedow/Beck, BBG § 23 RN 8; Schütz, LBG NRW § 8 RN 12 und § 7 RN 2.

2) Battis, JZ 1972, 384, 386 ff.; Günther, ZBR 1979, 93, 100; Gusy, DÖD 1979, 201, 202; Matthey in von Münch, Art. 33 RN 25; von Münch, Öffentlicher Dienst, S. 27 f.; von Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 113 ff.; Schenke, Festschrift, 571, 577; Schütz, LBG NRW § 85 RN 8; Solte, NJW 1980, 1027, 1030; Ule, Öffentlicher Dienst, 537, 585.

3) Solte, ZBR 1972, 109, 111 m.w.H.

dieser Meinungsgruppe wird vielfach dem Dienstherrn neben dem Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der leistungsspezifischen Auswahlkriterien zugebilligt.¹⁾

- (5) Eine bisher nur in der Minderheit vertretene Auffassung²⁾ lehnt das Vorhandensein eines Ermessensspielraums des Dienstherrn gänzlich ab. Vielmehr habe die Behörde zwingend denjenigen zu ernennen, der sich als der Beste herausgestellt habe. Dieser besitze dann auch einen gerichtlich einklagbaren Ernennungsanspruch. Allerdings sei dem Dienstherrn ein weiter Beurteilungsspielraum bei der Suche nach dem Besten eingeräumt, der in praxi eine Klage regelmäßig aussichtslos erscheinen lasse.
- (6) Zwischen den beiden vorgenannten Meinungen ist eine weitere Auffassung³⁾ angesiedelt, nach der das Fehlen eines Ermessensspielraums auf den Normalfall beschränkt ist. Wenn jedoch mehrere Bewerber sich nach Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen als gleich qualifiziert herausstellen, stehe es im Ermessen des Dienstherrn, welchen davon er ernenne.

1) Battis, JZ 1972, 384, 386 f.; Matthey in von Münch, Art. 33 RN 25; Schenke, Festschrift. 571, 577.

2) Battis, JZ 1972, 384, 388; Bellgardt, S. 58 und 71; Maunz in MDHS, Art. 33 RN 16; Schick, DVBl. 1975 741, 743; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 291.

3) Von Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 108.

(bb) Meinungsstand in der Rechtsprechung

- (1) Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes konnte, da eine Verwaltungsgerichtsbarkeit ursprünglich nicht existierte, einer rechtswidrigen Personalentscheidung allenfalls ein Schadensersatzanspruch entgegengehalten werden. So war es dann auch das Reichsgericht, von dem die ersten Entscheidungen zu Zugangsfragen im Bereich des öffentlichen Dienstes bekannt wurden.¹⁾ Zunächst vertrat es die Auffassung, daß zwar die Ernennung oder Nichternennung selbst gerichtlich nicht überprüfbar sei, wohl aber kontrolliert werden könne, ob bei der Vorbereitung der Ernennung, d.h. bei der Auswahl, eine Amtspflichtverletzung stattgefunden habe. Das Reichsgericht sah sich zu dieser Differenzierung genötigt, da es nicht die Kompetenz besaß, die Ernennungsentscheidung selbst als einen Hoheitsakt zu kassieren. Dagegen konnte es eine Pflichtverletzung in einem anderen Stadium des Ernennungsverfahrens durchaus für rechtswidrig erklären und daraufhin Schadensersatzansprüche zuerkennen.²⁾ Für § 839 BGB mußte es dann folgerichtig auch annehmen, daß die bei der Stellenvergabe zu beachtenden Vorschriften Amtspflichten gegenüber Privaten begründeten. In anderen Entscheidungen dagegen lehnte das Reichsgericht eine solche Betrachtung wieder ab. Es gebe keinen Rechts-

1) Zum folgenden: Sievers, S. 462 ff., m.H.a. Urteile des RG vom 24.11.1926 und vom 23.6.1931; Thiele, ZBR 1980, 133, 134 f.

2) RGZ 110, 265, 268; RGZ 111, 358; RGZ 159, 247, 250, 251 m.w.H.

anspruch auf Beförderung. Diese erfolge ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit an einer funktionierenden Ämterbesetzung. Die Entscheidung darüber liege im Ermessen des Dienstherrn. Sowohl die Entscheidung selbst als Staatshoheitsakt wie auch das Auswahlverfahren seien der gerichtlichen Überprüfung entzogen.

Der Bundesgerichtshof hat an die zuletzt erwähnte Rechtsprechung des Reichsgerichts angeknüpft und ausgeführt, daß niemand einen Anspruch auf ein bestimmtes Amt habe.¹⁾ Das Bundesverwaltungsgericht erkannte in seiner ersten, in diesem Zusammenhang bekannt gewordenen Entscheidung dahin, daß aus Art. 33 Abs. 2 GG lediglich ein Bewerbungsrecht fließe. Im übrigen bestehe ein nicht überprüfbarer Ermessensspielraum. In der Folgezeit brachte das BVerwG zunehmend den Begriff des Beurteilungsspielraums in die Diskussion ein, wobei allerdings im Anfang die Abgrenzung zum Ermessensspielraum im unklaren blieb. Im Jahre 1959 führte das Gericht aus, die Beurteilung der Befähigung stehe nicht im Ermessen der zuständigen Stelle, sondern unterliege als Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs "Befähigung" der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung.²⁾ In weiteren Urteilen

1) BGH, VerwRspr. 9 (1957), 179, 181;
BGHZ 15, 185, 188 f.; BGHZ 21, 256, 257,
258 m.w.H. BGHZ 23, 26, 31; BGH, NJW 1956,
1400 f.

2) BVerwGE 8, 192, 194.

bestätigte das BVerwG diese Auffassung¹⁾ und ergänzte, bereits mit der Betätigungsfreiheit des Dienstherrn in einem sogenannten Beurteilungsspielraum wäre schwerlich die Annahme vereinbar, daß der Gesetzgeber dem Beamten einen im Klagewege durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Beförderung habe zuerkennen wollen. Darüber hinaus bestehe auch deshalb kein Rechtsanspruch, da es sich bei den Bestimmungen der §§ 8 und 27 BBG um Vorschriften handelte, die ausschließlich im öffentlichen Interesse ergangen seien.²⁾ Die Entscheidung des Dienstherrn darüber, ob eine offene Stelle überhaupt zu besetzen sei und ggf. mit welchem Beamten sie besetzt werden solle, liege - auch bei Vorliegen der durch §§ 8, 23 BBG geforderten Beförderungsvoraussetzungen - im pflichtgemäßen nach den Belangen des öffentlichen Dienstes zu handhabenden Ermessen des Dienstherrn.³⁾

In einer kurze Zeit später ergangenen Entscheidung revidierte das BVerwG diese Auffassung und äußerte nunmehr die Ansicht, die beamtenrechtlichen Beförderungsvorschriften dienten zwar in erster Linie dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Besetzung der Beamtenstellen, in zweiter Linie aber auch dem Interesse des Beamten, im Rahmen der dienstlichen, beamten- und haushaltsrechtlichen Möglichkeiten angemessen aufzusteigen.⁴⁾

1) BVerwGE 11, 139, 140.

2) BVerwGE 15, 3, 5 f.

3) BVerwGE 15, 3, 7.

4) BVerwGE 19, 252, 254 f.

Daraus resultiere ein klagbarer Anspruch darauf, daß das dem Dienstherrn eingeräumte Ermessen von diesem fehlerfrei ausgeübt werde. Ein direkter Anspruch auf Ernennung bestehe dagegen nicht. Diese Ansicht hat sich in der Rechtsprechung des BVerwG bis heute gehalten.¹⁾ Auch die anderen Verwaltungsgerichte haben sich dem angeschlossen.²⁾ In einzelnen Entscheidungen wurde der dem Dienstherrn zugestandene Ermessensrahmen dann doch begrenzt und eine Ermessensreduzierung auf Null angenommen. So hatte z.B. die auf Übernahme in das Beamtenverhältnis gerichtete Verpflichtungsklage einer Bewerberin Erfolg, deren entsprechender Antrag mit der Begründung zurückgewiesen worden war, die Berufung ins Beamtenverhältnis

-
- 1) BVerwGE 36, 192, 217; BVerwGE 49, 214, 220, 232, 237; BVerwGE 53, 23, 26 ff.; BVerwG, Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 19; BVerwG, Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 23; BVerwG, Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 66; BVerwG, Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 18; BVerwG, Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 1; BVerwG, Buchholz 23. 6 § 8 LBCNs Nr. 1; BVerwG, Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 30; BVerwG, DÖV 1977, 139; BVerwG, DVBl. 1965, 333, 334; BVerwG, DVBl. 1976, 335, 337; BVerwG, NJW 1965, 984, 985; BVerwG, VerwRspr. 19 (1968), 793, 794.
- 2) Beispielsweise: VGH Baden-Württemberg, DVBl. 1968, 255, 256 f.; VerwRspr. 2 (1950), 58 ff.; ZBR 1977, 368, 369; BayVGH, BayVBl. 1978, 577; BayVBl. 1981, 47 f.; BayVBl. 1981, 465; BayVGH n.F. 10, 110, 117; ZBR 1962, 53; OVG Hamburg, VerwRspr. 10 (1958), 946; 21, (1970), 945; Hessischer VGH, Hessische VerwRspr. 1979, 12, 14; OVG Rheinland-Pfalz, ZBR 1975, 117, 118; OVG Münster, ZBR 1967, 125, 126; ZBR 1976, 278 f.; Bayer. VG München ZBR 1977, 69; VG Berlin, ZBR 1974, 391; ZBR 1976, 341, 342; VG Hannover, DVBl. 584. 585.

von weiblichen Personen werde aus sozialen Gesichtspunkten heraus grundsätzlich abgelehnt. Das Gericht sah das Ermessen als reduziert an, da die Klägerin in jeder Hinsicht die Voraussetzungen für die Übernahme als Beamtin erfülle und nur ihres Geschlechtes wegen abgelehnt worden sei.¹⁾

Vereinzelt wenden sich nun auch Zivilgerichte dieser Auffassung zu und erkennen an, daß bei der Stellenvergabe das dem Dienstherrn zur Verfügung stehende Ermessen sich am Grundgesetz und an den einfachen Gesetzen auszurichten habe.²⁾ Das Bundesarbeitsgericht hat sogar einen Anspruch auf Ernennung für existent und auch für einklagbar gehalten.³⁾

b) Eigener Lösungsweg

Wie die Übersicht über den Meinungsstand gezeigt hat, spielen im Rahmen der Klagebefugnis zwei Problemkreise eine Rolle. Zunächst kommt es darauf an, ob und in welchem Umfang dem Dienstherrn Entscheidungsspielräume an die Hand gegeben werden, d.h. ob Art. 33 Abs. 2 GG eine Ermessensnorm ist oder gebundene Verwaltung ggf. unter Einschluß eines Beurteilungsspielraums darstellt, oder ob beide Formen miteinander gekoppelt sind. Sodann ist weiter zu untersuchen, welche Ansprüche sich für den Bürger daraus ergeben

1) BayVGh, VGh n.F. 10, 110 ff.

2) BGH, NJW 1962, 1963.

3) BAG, ZBR 1976, 306.

können, also nur ein Recht zur Bewerbung oder ein direkter Ernennungsanspruch oder ein Anspruch auf eine der erörterten Zwischenformen.

Es besteht nämlich ein direkter Zusammenhang zwischen der Rechtsposition des Bürgers und der der Verwaltung. Je stärker, je eigenmächtiger die Verwaltung handeln darf, desto begrenzter sind die Einfluß- und Überprüfungsmöglichkeiten des Bürgers. Im Bereich der Ermessensverwaltung ist die Position der Behörde in diesem Sinn wesentlich fester als auf dem Felde der gebundenen Verwaltung. Der Bürger dagegen hat bei der gebundenen Verwaltung eher einen durchsetzbaren Anspruch als bei der Ermessensverwaltung. Nur unter Beachtung dieser Korrelation kann die Frage nach dem Bestehen der Klagebefugnis beantwortet werden.

- aa) Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz als Ausdruck rechtlich gebundener Verwaltung oder als Ermessensvorschrift

Welcher der genannten Verwaltungsformen das Zugangsrecht aus Art. 33 Abs. 2 GG zuzurechnen ist, muß als erstes untersucht werden. Dabei hat zunächst eine Klärung der verwendeten Begriffe stattzufinden.¹⁾

- (1) Abgrenzung der Verwaltungsformen

- (a) Rechtlich gebundene Entscheidung

Um eine rechtlich gebundene Entscheidung²⁾ handelt es sich, wenn die Behörde bei der Anwendung einer Norm auf einen bestimmten Sachverhalt nur zu einem einzigen richtigen Ergebnis gelangen kann. Auf der Tatbestandsseite findet ein reiner Vergleich zwischen den Voraussetzungen und den tatsächlichen Fallumständen statt, ohne daß darüber hinausreichende Überlegungen seitens der Behörde notwendig oder zulässig wären. Nach Feststellung der Tatbestandsvoraussetzungen ordnet die Norm als Rechtsfolge sodann eine bestimmte Entscheidung an, von der die Behörde nicht abweichen darf. Die Erfüllung des Tatbestandes führt zwingend zu der Rechtsfolge. Wenn die Behörde sich nicht an diesen Automatismus

1) Dazu allg.: Bellgardt, S. 77 ff.

2) Vgl. zum Begriff der gebundenen Verwaltung: Achterberg, VerwR, S. 268 ff.; Wolff/Bachof I, § 31.

hält, sondern eine unzutreffende Subsumtion im Tatbestand vornimmt oder eine nicht vorgesehene Rechtsfolge anordnet, wird die darauf beruhende Entscheidung auf eine Klage hin von den Gerichten aufgehoben und ggf. durch eine neue ersetzt, § 113 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 VwGO. Den Gerichten stehen dabei unbeschränkte Kontrollmöglichkeiten zu.

Demgemäß besitzt der Bürger einen Anspruch auf eine gerichtliche Entscheidung, wenn die Norm auch dazu bestimmt ist, seine Interessen zu schützen. Andernfalls treffen die Auswirkungen der Norm den Bürger nur reflexartig und vermitteln ihm keine Rechte.

(b) Ermessensverwaltung

Eine Ermessensentscheidung ist in der Regel anzunehmen, wenn nach der ausdrücklichen Gesetzesformulierung oder aber nach dem Zusammenhang der gesetzlichen Regelung und ihrer Zweckbestimmung die Verwaltung zur Regelung eines bestimmten Sachverhaltes die Wahl zwischen mehreren verschiedenen Entscheidungen hat.¹⁾

Der Unterschied zum rechtlich gebundenen Verwaltungsakt besteht also darin, daß nicht nur eine einzige Entscheidung die richtige sein kann, sondern daß der Gesetzgeber gleich mehrere Entscheidungen als rechtmäßig angesehen hat.²⁾ In prozessualer Hinsicht besteht im Vergleich zur gebundenen Verwaltung bei der

1) Redeker/v. Oertzen, § 114 RN 5; zur Vereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip s. Achterberg, VerwR, S. 274.

2) Eyermann/Fröhler, § 114 RN 7.

Ermessensverwaltung eine wesentlich schwächere Kontrollldichte. Seitens der Gerichte kann eine Ermessensentscheidung gemäß § 114 VwGO nur daraufhin geprüft werden, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind (Ermessensüberschreitung) oder ob von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist (Ermessensfehlgebrauch).¹⁾ Ferner ist nachprüfbar, ob die Behörde infolge irrtümlicher Sachverhaltsannahme oder fehlerhafter Subsumtion das Ermessen nicht ausgeübt hat, weil sie glaubte, daß eine gebundene Entscheidung vorliege (Ermessensnichtgebrauch).²⁾ Dagegen kann das Gericht nicht eine Ermessensentscheidung der Verwaltungsbehörde durch eine andere Entscheidung ersetzen, die es für sachdienlich hält.³⁾ Gemäß § 113 Abs. 4 VwGO hat es nur die Möglichkeit, die fehlerhafte Ermessensentscheidung aufzuheben und die Behörde zu verpflichten, eine erneute Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu treffen (Bescheidungsurteil). Allerdings ist denkbar, daß unter Berücksichtigung aller Umstände sich nur eine einzige Entscheidung als ermessensfehlerfrei darstellt (sog. Ermessensreduzierung auf Null bzw. auf eine einzige Entscheidung). In einem solchen Fall erübrigt sich der Erlass eines Bescheidungsurteils, weil dies nur zu einer unnötigen Verzögerung führen würde; hier kann das Gericht ausnahmsweise die Behörde sofort

1) Achterberg, VerwR, S. 275.

2) Eyermann/Fröhler, § 114 RN 6.

3) Redeker/v. Oertzen, § 114 RN 9 m.w.H.

auf die richtige Entscheidung verpflichten.¹⁾

Entsprechend der richterlichen Kontrollpflicht ist auch die Rechtsposition der Bürger eingeschränkt. Es besteht im Unterschied zur rechtlich gebundenen Entscheidung ein subjektives Recht lediglich darauf, daß die Behörde von dem ihr eingeräumten Ermessen in fehlerfreier Weise Gebrauch macht. In Fällen der Ermessensreduzierung auf nur eine richtige Entscheidung hat der Bürger darüber hinaus einen Anspruch auf diese Entscheidung. Diese Rechte stehen aber unter der weiteren Voraussetzung, daß die Ermessensentscheidung ihrer Zweckrichtung nach auch das Individualinteresse berücksichtigen soll.²⁾

(c) Unbestimmte Rechtsbegriffe und Beurteilungsspielraum

Die Tatbestandsseite einer Vorschrift kann sich auf die Feststellung bestimmter, reiner Sachvoraussetzungen beschränken, sie kann aber auch sogenannte unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten. Dabei handelt es sich um Begriffe, die die Subsumtion des Sachverhalts unter eine rechtliche Wertung erfordern.³⁾ Hier ist der zunächst ganz allgemeine (unbestimmte) Begriff im Wege der Wertung mit einem hinreichenden Rechtsgehalt zu füllen und ihm damit

1) Kopp, § 114 RN 6 m. w. H.

2) Eyermann/Fröhler, § 114 RN 8.

3) Redeker/v. Oertzen, § 114 RN 6.

ein dem Willen des Gesetzgebers entsprechender Inhalt zu geben.¹⁾ Solche unbestimmten Rechtsbegriffe unterliegen grundsätzlich der vollen Nachprüfung durch die Gerichte, da der Subsumtionsvorgang nur ein einziges richtiges Ergebnis haben kann.²⁾

Damit sind die Normen, die auf der Tatbestandsseite unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten und nicht auf der Rechtsfolgenseite zusätzlich ein Ermessen einräumen, grundsätzlich der gebundenen Verwaltung zuzurechnen. Demgemäß hat der Bürger aus dieser Norm, sofern sie auch seinen Interessen zu dienen bestimmt ist, einen Anspruch auf die sich aus der Subsumtion ergebenden Entscheidung. In Einzelfällen wird der Verwaltung durch unbestimmte Rechtsbegriffe ein Beurteilungsspielraum zugebilligt.³⁾

Dies gilt ~~grob~~ ~~gesagt~~ dann, wenn der Gesetzgeber die Zuordnung des zu entscheidenden Falles zu dem unbestimmten Rechtsbegriff in die alleinige Kompetenz der Behörde stellt.⁴⁾

1) BVerwGE 2, 313, 314; zum Begriff siehe auch Wolff/Bachof, § 31 I c.

2) BVerwGE 15, 275, 282; BVerwGE 12, 359, 363; BVerwGE 21, 184, 186; BVerwGE 35, 69, 73, 77; dazu kritisch Kellner, DÖV 1972, 801 ff.

3) Grundlegend dazu: Bachof, JZ 1955, 97 ff.; Erichsen, VerwArch. 63 (1972), 337, 338 ff.; Kellner, DÖV 1972, 801 ff.; Schmidt-Salzer, S. 42 ff.; Ule Gedächtnisschrift, 309 ff.; Wolff/Bachof I, § 31 I c 4.

4) Historischer Rückblick bei Achterberg, VerwR, S. 269 ff.; Kopp, § 114 RN 11.

Ob das der Fall ist, richtet sich nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Sinn und Zweck der jeweils anwendbaren Vorschriften, der Natur der Sache und etwaigen besonderen Verfahrensvorschriften, wobei es allein auf den Wortlaut nicht entscheidend ankommt.¹⁾

Die rechtliche Qualifikation des sogenannten Beurteilungsspielraums ist umstritten. Während manche²⁾ darin einen Unterfall eines normalen Ermessens sehen, geht die weit überwiegende Mehrheit³⁾ davon aus, daß der Beurteilungsspielraum ein eigenständiges Institut darstellt.

Es ist anzunehmen, daß ein unbestimmter Rechtsbegriff einen Beurteilungsspielraum gewährt, wenn nach dem Willen des Gesetzgebers die letzte, verbindliche Entscheidung nicht dem Gericht, sondern der Verwaltung überantwortet werden soll. Nach richtiger Ansicht⁴⁾ geschieht dies nicht deshalb,

1) Eyermann/Fröhler, § 114 RN 9 c; Kopp, § 114 RN 11.

2) Eyermann/Fröhler, § 114 RN 96.

3) Kopp, § 114 RN 10 ff.

4) Eyermann/Fröhler, § 114 RN 90; a.A. Menger, VerwArch. 55 (1964), 276; Achterberg, VerwR, S. 273 f., die Beurteilungsspielraum dann annehmen, wenn das Gericht die ursprüngliche Entscheidungssituation nicht nachvollziehen könne bzw. die Unterordnung eines Sachverhalts unter eine Norm nicht argumentativ begründen könne; ebenso Wolff/Bachof I, § 31 I c 4; differenzierend Schmidt-Salzer, S. 60 ff.

weil die Erkenntnis und die Nachprüfungsmöglichkeiten der Gerichte beschränkt wären, sondern immer dann, wenn zu erwarten ist, daß die Behörde aufgrund ihrer größeren Sachnähe oder der Unvertretbarkeit der von ihr zu fällenden Entscheidungen eine sachgerechte Beurteilung des jeweiligen Falles vornehmen kann. Beurteilungsspielraum ist zu bejahen, wenn die von der Behörde zu treffende Einschätzung eines bestimmten Sachverhaltes auch für die Gerichte maßgeblich sein soll. Im Grunde handelt es sich deshalb nicht um einen Spielraum in dem Sinne, daß mehrere Entscheidungen zulässig sind - so wie beim Ermessen - sondern einfach um eine Beurteilungsprärogative zugunsten der Behörde.¹⁾ Generell ist an eine derartige Prärogative zu denken, wenn Entscheidungen von Kollegialorganen wie z.B. Prüfungsentscheidungen, Entscheidungen über persönliche Eignungen von Personen für bestimmte Aufgaben und Entscheidungen, die auf der Grundlage einer Prognose ergehen, in Rede stehen.²⁾

In prozessualer Hinsicht ist die Beurteilungsermächtigung mit der Beschränkung der richterlichen Kontrolldichte verknüpft. Die Gerichte können nur prüfen, ob die Behörde von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, die allgemein gültigen Wertmaßstäbe eingehalten

1) BVerwGE 26, 65, 74 m.w.H.

2) Redeker/v. Oertzen, § 114 RN 14; Wolff/Bachof I, § 31 I c 4.

hat und sich nicht von willkürlichen oder sachfremden Erwägungen hat leiten lassen.¹⁾ Dagegen darf die Beurteilung der Behörde nicht durch eine Beurteilung der Gerichte ersetzt werden oder auch nur die behördliche Einschätzung deswegen verworfen werden, weil sie nicht mit der eigenen übereinstimmt. Im Unterschied zur Ermessensverwaltung wird nicht überprüft, ob sich die ausgewählte Rechtsfolge im Rahmen der Sachgerechtigkeit bewegt; stattdessen geht es hier um die Frage, ob die tatbestandliche Beurteilung der Behörde noch als sachgerecht angesehen werden kann. Diese rechtliche Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Prüfung steht der Rechtsschutzgewährleistung des Art. 19 Abs. 4 GG nach einhelliger Ansicht nicht entgegen.

Wendet sich der Kläger gegen diese Beurteilung, so kann er sie zunächst im Rahmen einer Anfechtungsklage oder einer Verpflichtungsklage inzidenter prüfen lassen. Kommt das Gericht zu der Überzeugung, daß die Beurteilung rechtsfehlerfrei zustandegekommen ist, hat es die behördliche Entscheidung aufzuheben, und, da es die eigene Beurteilung nicht für maßgeblich erklären darf, die Sache zur erneuten Beurteilung und Entscheidung

-
- 1) Kopp, § 114 RN 12; a.A. Eyermann/Fröhler, § 114 RN 9 d ff; der aufgrund der von ihm vertretenen Gleichsetzung von Ermessen und Beurteilungsspielraum zu denselben Formulierungen gelangt, wie bei der Einschränkung der Kontrollldichte von Ermessensentscheidungen.
- 2) BVerwGE 5, 153, 162; BVerwGE 8, 272, 274; BVerwGE 15, 39, 41 f.; BVerwGE 21, 127, 131; Bachof, JZ 1955, 97 ff.; Ule, Gedächtnisschrift, 309 ff.

an die Behörde zurückzugeben. Insoweit kann § 113 Abs. 4 VwGO auf den Beurteilungsspielraum analog angewendet werden. Der Bürger hat aber auch die Möglichkeit, die Beurteilung isoliert anzugreifen, wenn diese als Verwaltungsakt oder in sonstiger Hinsicht rechtsschutzfähig ist. Im Falle eines Klageerfolges wird dann die Beurteilung aufgehoben, ohne daß die Behörde sofort zur Neuentscheidung verpflichtet würde. Dieser Weg bietet sich deshalb nicht an, wenn es dem Bürger gerade auf eine neue, anderslautende Entscheidung ankommt.

Dementsprechend bewertet sich auch die Position des Bürgers. Mit einem Anspruch auf sachgerechte Ausübung des Beurteilungsspielraums, etwa vergleichbar dem Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, wäre die Rechtslage nur unzureichend beschrieben. Da die behördliche Beurteilung lediglich ein Tatbestandmerkmal einer Vorschrift aus der gebundenen Verwaltung festschreibt, besitzt der Bürger einen direkten Anspruch auf die von der Norm angeordnete Rechtsfolge. Bei der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen ist dabei allerdings die behördliche Beurteilung zugrunde zu legen. Auch dieser Anspruch steht naturgemäß unter dem Vorbehalt, daß die Norm überhaupt auch den Schutz des Anspruchstellers im Auge hat.

Ab und zu kommt es vor, daß der Behörde durch eine Vorschrift gleichzeitig auf der Tatbestandsseite eine Beurteilungsprärogative und auf der Rechtsfolgenseite ein Ermessensspielraum eingeräumt wird.¹⁾ Man spricht insoweit

1) Z.B. § 131 AO; vgl. dazu Kellner, DÖV 1972, 801, 805.

von sogenannten Koppelungsnormen.¹⁾ In diesen Fällen ist denkbar, daß die Behörde bei der Ausfüllung der beiden Ermächtigungen verschiedene Gesichtspunkte zu beachten hat. Möglich ist aber auch, daß die in Betracht kommenden Kriterien gleichermaßen in beide Bereiche einfließen. Hier ist im einzelnen noch vieles ungeklärt; an den vorstehend erläuterten Unterschieden zwischen Ermessen und Beurteilungsprärogative ändert sich dadurch jedoch nichts.

(2) Die Einordnung des Art. 33 Abs. 2 GG

Die Untersuchung des Art. 33 Abs. 2 GG daraufhin, ob dem Dienstherrn bei den von ihm vorzunehmenden Ernennungen ein Ermessensspielraum eingeräumt ist oder ob dies nicht der Fall ist, muß im Wege der Auslegung durchgeführt werden. Dabei ist hier in erster Linie an eine Wortinterpretation, eine historische Auslegung sowie an eine teleologische Betrachtung zu denken.²⁾

1) BVerwGE 35, 69, 76 f.; Eyermann/ Fröhler, § 114 RN 7 b; Redeker/ v.Oertzen, § 114 RN 6.

2) Verfehlt der Ansatz von Rimmel, der die verfassungskonforme Auslegung offenbar als Obersatz der klassischen Interpretation begreift; Rimmel, S. 44.

(a) Gebundene Verwaltung

Zunächst steht fest, daß Art. 33 Abs. 2 GG Elemente gebundener Verwaltung beinhaltet, hinsichtlich derer auch kein Beurteilungsspielraum besteht. Dies gilt in erster Linie für die Voraussetzungen "Jeder Deutsche" und "öffentliches Amt." Ob diese Merkmale erfüllt sind, beurteilt sich allein nach objektiven Kriterien, ohne daß eine Wertung seitens der Behörde erlaubt wäre.

(b) Beurteilungsspielraum

An einen Beurteilungsspielraum des Dienstherrn im Rahmen des Art. 33 Abs. 2 GG ist im Zusammenhang mit den Begriffen "Eignung, Befähigung und fachliche Leistung" zu denken. Mit der Erhebung dieser Kriterien zur Voraussetzung jeder Ernennung schreibt Art. 33 Abs. 2 GG das Leistungsprinzip¹⁾ fest. Wie die einzelnen Begriffe zu definieren und voneinander abzugrenzen sind, mag hier dahinstehen.²⁾ Im Rahmen dieser Arbeit genügt die Feststellung, daß die Eignung als Oberbegriff die Merkmale der Befähigung und fachlichen Leistung einschließt.³⁾ Die Eignung bezieht sich dabei auf alle Eigenschaften, die von einem Bewerber verlangt werden,

1) Achterberg, DVBl. 1977, 541 ff.; Aich, S. 15 ff.; Happe, RiA 1979, 92 ff. und 101 ff.; Jung, S. 91 ff.

2) Dazu Jung, S. 93 ff.

3) BVerwG, DÖV 1975, 421; Isensee, Festgabe, 334, 337; Gusy, DÖD 1979, 201, 202 f.; Maunz in MDHS, Art. 33 RN 19.

damit er körperlich und geistig allgemein die Anforderungen des Amtes erfüllt. Nach fachlichem Können fließen Momente wie charakterliche Eigenschaften¹⁾, physische und psychische Merkmale²⁾ und unter Umständen auch politische Aspekte³⁾ in die Beurteilung ein. Die Anzahl aller einzelnen Kriterien, die Rückschlüsse auf die Eignung eines Bewerbers zulassen, ist schier unerschöpflich. Eine Grenzziehung findet erst dort statt, wo ein Bezug zu den Anforderungen des Amtes nicht mehr zu erkennen ist. Die Vorschrift des Art. 33 Abs. 2 GG ist insoweit dazu geschaffen, die Spreu vom Weizen zu trennen. Nach einhelliger Ansicht erfüllt sie zunächst die Funktion, ungeeignete Personen von öffentlichen Ämtern fern zu halten.⁴⁾ Darüber hinaus bestimmt sie mit Blick auf den Kreis der prinzipiell geeigneten Kandidaten, daß unter Ihnen wiederum nur der Beste ernannt werden darf.⁵⁾ Sollten mehrere Ämter gleichzeitig zu vergeben sein, sind die zu Ernennenden der Rangfolge aller beurteilten Bewerbungen zu entnehmen. Es darf kein weniger geeigneter Bewerber einem besser geeigneten vorgezogen werden.

1) Dazu Bellgardt, S. 72; Klein in v. Mangoldt/Klein, Art. 33, S. 806; ebenso Achterberg, DVBl. 1977, 541, 548.

2) Jung, S. 41 ff.

3) Z.B. in bezug auf die politische Treuepflicht:
vgl. BVerwGE 39, 334, 353 ff.; Schütz, § 11 LBG NRW RN 4.

4) Isensee, Festgabe, 337, 342.

5) BVerwGE 24, 235, 239 m.w.N.

Der Zwang, den Besten bzw. die Besten zu ernennen, beruht darauf, daß das Leistungsprinzip jedenfalls im Grundsatz als das alleinige Auswahlkriterium verstanden wird.¹⁾ Allerdings hat die Entscheidung für das Sozialstaatsprinzip gewisse Einschränkungen mit sich gebracht, soweit es um die Beschäftigung von Schwerbehinderten geht.²⁾ Diese sind gemäß § 13 Abs. 1 BLV in Verbindung mit § 47 Abs. 1 Schwerbehindertengesetz hinsichtlich ihrer körperlichen Eignung nur auf ein gewisses Mindestmaß hin zu überprüfen. Eine weitere Einschränkung des Leistungsprinzips folgt aus § 9 a Heimkehrergesetz, der Spätheimkehrern eine Vorrangstelle einräumt. Daneben ergeben sich aus § 9 a Wiedergutmachungsgesetz vereinfachte Möglichkeiten der Wiedereinstellung für ehemalige Angehörige des öffentlichen Dienstes. Eine ähnliche Regelung findet sich in § 10 Soldatenversorgungsgesetz, der ehemaligen Bundeswehrsoldaten eine gewisse Anzahl von Stellen zur Verfügung hält. Zudem sind Wehrpflichtige nach § 11 a Arbeitsplatzschutzgesetz gegenüber anderen Bewerbern vorberechtigt einzustellen. Besonderheiten gelten ferner bei den politischen Beamten, für deren Einstellung es neben der fachlichen Qualifikation auch auf die Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten

1) Fürst, GKÖD I K § 8 RN 28; Günther, ZBR 1979, 93, 95; Schütz, § 7 LBG NRW RN 2 a; Weiß/Niedermayer/Summer, Art. 12 Anm. 12; a.A. Brunner, RiA 1974, 1 ff.

2) Vgl. BVerwGE 17, 172 ff., 182 ff.; Jung, S. 126 ff., zum Sozialstaatsprinzip: Wolff/Bachof III, § 138 I.

und Zielen der Regierung ankommt.¹⁾

Schließlich beschneidet auch das Prinzip der proportionalen föderalen Parität des Art. 36 GG²⁾, wonach bei den obersten Bundesbehörden Beamte aus allen Ländern in angemessenem Verhältnis und damit nicht ausschließlich nach Leistungsgesichtspunkten zu verwenden sind, den Grundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG.

Diese Einschränkungen des Leistungsprinzips die ihre Rechtfertigung durch die höhere Wertigkeit der von ihr verfolgten Ziele erfahren, vermögen jedoch das Postulat des Art. 33 Abs. 2 GG, wonach die Auswahl der Bewerber sich nach deren Leistung zu richten hat, nicht zu erschüttern. Lösungen, die der Bewältigung von Übergangszuständen und Grenzfällen angemessen sind, stellen die normfallgerechte Regelung nicht in Frage.³⁾

Bei den Begriffen der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung handelt es sich nach einhelliger Ansicht um unbestimmte Rechtsbegriffe.⁴⁾ Die Tatbestandsseite kann sich nämlich nicht auf die Feststellung des Vorhandenseins oder Fehlens reiner Sachvoraussetzungen beschränken. Vielmehr macht die Prüfung der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zunächst eine rechtliche Bewertung dieser Begriffe erforderlich. Der Dienstherr

1) Vgl. § 31 BRRG; ferner Kugele, Der politische Beamte.

2) Art. 36 GG ist Sondervorschrift zur Art. 33 Abs. 2 GG.

3) Isensee, Festgabe, 337, 375.

4) Zur Definition s.o.S. 52 ff.; Heise, ZBR 1969, 165, 168; Rammel, S. 102 m.w.N.; Schenke, Festschrift, 571, 577; Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 650.

kann die Qualifikation der Bewerber nicht direkt unter diese unbestimmten Begriffe subsumieren, sondern muß ihnen zuvor im Wege der rechtlichen Wertung einen bestimmten Inhalt geben.

Unbestimmte Rechtsbegriffe sind - wie ausgeführt - in der Regel von den Gerichten voll überprüfbar. Hier gilt jedoch nach ebenfalls wohl unbestrittener Auffassung eine Ausnahme dergestalt, daß der Dienstherr bei der Ausfüllung dieser Begriffe einen Beurteilungsspielraum besitzt. Das Bundesverwaltungsgericht hat diesen Begriff - soweit ersichtlich - erstmals im Zusammenhang mit der Frage nach der Eignung eines Schülers zur Aufnahme in das Gymnasium verwendet¹⁾ und sich dabei noch auf die Unvertretbarkeitslehre Bachofs²⁾ und auf Ule³⁾ berufen. Später erkannte das Bundesverwaltungsgericht einen Beurteilungsspielraum auch im Zusammenhang mit Prüfungsentscheidungen an, d.h. bei der Bewertung der vom Prüfling gezeigten Leistungen, auch schon im Hinblick auf bestimmte dienstliche Anforderungen.⁴⁾ In einer weiteren Entscheidung⁵⁾ begründete das Bundesverwaltungsgericht die Annahme eines Beurteilungsspielraums dann erstmals auch für den Begriff der "mangelnden Bewährung" eines

1) BVerwGE 153, 162 ff.

2) Bachof, JZ 1955, 97 ff.

3) Ule, Gedächtnisschrift, 309 ff.

4) BVerwGE 6, 177, 182; BVerwGE 8, 192, 194; BVerwGE 8, 272, 274 f.

5) BVerwGE 11, 139 f.; bestätigt durch: BVerwGE 15, 3, 5; BVerwG, Urt. v. 7.7.1961 - VI C 189. 58 - ; BVerwG, Buchholz 237, 2 § 70 LBG Berlin Nr. 2 ff.

Beamten, die einen Entlassungsgrund aus einem Beamtenverhältnis schafft und gleichzusetzen ist mit dem Fehlen der notwendigen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG. Seither entspricht es ständiger Rechtsprechung¹⁾ auch des Bundesverfassungsgerichts²⁾, bei der Ernennungsentscheidung einen Beurteilungsspielraum des Dienstherrn anzunehmen. Die Literatur³⁾ hat sich dem ohne Widerspruch angeschlossen.

Der Annahme eines Beurteilungsspielraums ist zuzustimmen. Die Eignung eines Beamten kann nicht nach hergebrachten allgemeinen für das Berufsbeamtentum schlechthin geltenden Wertmaßstäben beurteilt werden. Die Feststellung der Eignung hängt vielmehr von den zahlreichen Anforderungen des konkreten Aufgabengebietes ab, denen der Beamte im Rahmen seiner Lauf-

1) BVerwGE 15, 39, 40 f.; BVerwGE 21, 127, 130; BVerwGE 32, 237, 238 f.; BVerwGE 53, 23, 30; BVerwG, Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 4; BVerwG, Buchholz 232 § 23 Nr. 6; BVerwG, DVBl. 1981, 460, 462.

2) BVerfGE 39, 334, 354; BVerfG, NJW 1975, 1641, 1644.

3) Battis, BBG § 8 Anm. 2 b; Bellgardt, S. 77 f.; Finkelnburg, DVBl. 1980, 809; Fricke, Ämterpatronage, S. 119 ff.; Isensee, Festgabe, 337, 346 ff.; Jung, S. 162; Matthey in v. Münch, Art. 33 RN 25; Maunz in MDHS, Art. 33 RN 19; Obermayer, BayVBl. 1975, 257; Rimmel, S. 102; Schack, ZBR 1963, 353, 354; Schenke, Festschrift, 571, 576 f.; Schick, ZBR 1975, 1, 5; Schick, DVBl. 1975, 741, 743; Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 650 f.; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 291; Solte, ZBR 1972, 109 f.; Solte, NJW 1980, 1027, 1029.

bahn gewachsen sein muß.¹⁾ Damit sind im Grunde zwei voneinander zu trennende Entscheidungen zu treffen. Zum einen müssen die Anforderungen bestimmt werden, die an den künftigen Amtsinhaber zu stellen sind. Zum anderen ist zu ermitteln, welcher der in Betracht kommenden künftigen Amtsinhaber diesen Anforderungen wohl am ehesten gerecht werden wird. Mit anderen Worten sind im Rahmen der Entscheidungsfindungen sogenannte Anforderungs- und Befähigungsprofile zu erstellen und miteinander zu vergleichen.²⁾

Dies geht nur, indem Wertmaßstäbe gesetzt und die Bewerber daran gemessen werden. Die Amtsvergabe stellt also letztlich einen Akt wertender Erkenntnis dar, nicht eine reine Subsumtion des Tatbestandes unter eine gesetzliche Norm.³⁾ Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung, eine globale Betrachtung der Anforderungen des Amtes und der Eignungsmomente der Bewerber.

Das Gesamtergebnis kann dabei nicht nach arithmetischen Regeln technisch aus den Einzelbewertungen, die von den Bewerbern mitgebracht werden, ermittelt werden.⁴⁾ Es kommt vielmehr zustande durch die Auswertung eines Konglomerats komplexer Einschätzungen und Prognosen.⁵⁾ Von der Entscheidung, ein Amt zu besetzen, bis zum Vollzug dieser Entschei-

1) BVerwGE 11, 139, 140.

2) Dazu Achterberg, DVBl. 1977, 541, 548 f.; Bellgardt, S. 98 ff.

3) BVerwGE 11, 139, 140; BVerwGE 15, 39, 40 f.

4) BVerwGE 21, 127, 131 f.; BVerwGE 53, 23, 30; ähnlich: Isensee, Festgabe, 337, 346.

5) Zum Prognosecharakter: BVerfGE 39, 334, 354; Isensee, Festgabe, 337, 346; Jung, S. 81.

dung ist ein kaum zu ordnendes Dickicht aus miteinander verknüpften Überlegungen zu durchforsten. Hilfsmittel dazu bieten die verschiedenen Entscheidungsfindungsprogramme¹⁾, wie sie die Verwaltungslehre - teilweise in Anlehnung an betriebswirtschaftliche Grundsätze - hervorgebracht hat. Die abstrakten Programme lassen sich mit konkreten Bewertungsmodellen²⁾ in bezug auf die einzelnen Eignungskriterien und mit Punkteschemata verbinden, wodurch insgesamt ein geschlossener Weg bis hin zur Erkenntnis, welcher Bewerber der beste ist, gezogen werden soll. Die einzelnen Entscheidungsfindungstechniken sowie ihre strukturellen Unterschiede interessieren hier allerdings nur am Rande. Im folgenden soll lediglich aufrißartig gezeigt werden, welche generellen Überlegungen der Dienstherr auf dem Wege zur Ernennung vorzunehmen hat.³⁾

Der erste nach außen sichtbare Schritt im Bereich der Stellenvergabe ist die Stellenausschreibung, die allerdings nicht immer erforderlich ist. § 8 Abs. 1 Satz 2 BBG schreibt sie nur für Einstellungen in den Bundesdienst vor; für Beförderungen ist sie dagegen nicht notwendig (vgl. § 23 BBG, der nicht auf § 8 Abs. 1 Satz 1 BBG verweist).⁴⁾

1) Dazu im einzelnen: Achterberg, DVBl. 1977, 541, 548; Bellgardt, S. 109 ff.; Triebe/Fischer/Ulich, S. 1 ff.

2) Vgl. dazu: BVerwG, Buchholz 232 § 15 BBG Nr. 2; Siepmann, ZBR 1977, 362 ff.

3) Dazu Bellgardt, S. 109 ff.

4) Zur Ausschreibungspflicht im EG-Bereich s. Art. 27 ff. des Beamtenstatuts (Einheitliches Statut der Beamten aller Europäischen Gemeinschaften, Verordnung vom 29.2.1968).

Der Stellenausschreibung, soweit sie erfolgt, kommt bereits eine erhebliche Bedeutung für die spätere Auswahlentscheidung zu. Mit der Formulierung des Ausschreibungstextes, d.h. mit der öffentlichen Bekanntgabe der Anforderungen an die Bewerber, setzt der Dienstherr sich selbst einen Rahmen, den er später nicht wieder verlassen kann. Die Rolle der Ausschreibung liegt nämlich darin, die an einer Bewerbung Interessierten so genau wie möglich über die Art der für die fragliche Stelle notwendigen Voraussetzungen zu unterrichten, damit sie selbst beurteilen können, ob sie sich bewerben sollen.

Es kann daher durch die Ausschreibung eine Selbstbindung eintreten, die den Dienstherrn auf bestimmte Auswahlmomente festlegt. Die Bindung ist jedoch im allgemeinen nicht sehr eng, da die Vergabevoraussetzungen in den Ausschreibungen regelmäßig nur grob umschrieben werden und erst im weiteren Verlauf des Verfahrens zu konkretisieren sind.

Die prinzipiell eintretende Bindung nötigt den Dienstherrn aber dazu, sich bereits bei der Abfassung der Ausschreibung über die Voraussetzungen im klaren zu sein, die ihm für die Besetzung der Stellung besonders wichtig erscheinen.¹⁾ Bereits vor der Ausschreibung ist daher zu untersuchen, welche Aufgaben auf den künftigen Amtsinhaber zukommen werden und welche abstrakten Eignungs-

1) Ebenso: EuGH, DVB1. 1975, 773, 775; vgl. auch Konow, ZBR 1973, 170, 172.

anforderungen er dementsprechend zu erfüllen hat. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß jedes Amt und jeder Dienstposten unterschiedliche Anforderungen stellt. Der Begriff der Eignung kann deshalb nicht mit Allgemeingültigkeit für alle Ernennungen in einzelne Kriterien zerlegt werden, sondern korrespondiert mit den Inhalten des jeweiligen Amtes.¹⁾ Die Eignung ist also amtspezifisch zu konkretisieren. Es muß für jeden Dienstposten festgelegt werden, welchen Eignungsmerkmalen Gewicht beigelegt werden soll und welche generell denkbaren Merkmale unbedeutend sein sollten.²⁾ Die Beurteilung dieser Korrelation läßt sich nicht denklogisch vollziehen, läßt sich nicht durch reine Subsumtion treffen. Hier liegt vielmehr das bereits zitierte Gemenge aus Einschätzung und Prognose zugrunde. Die notwendige Bewertung richtet sich aus an den Erfahrungen des Dienstherrn im Zusammenhang mit der Entwicklung der Aufgaben des öffentlichen Dienstes, an seiner Analyse der gegenwärtigen Situation und an seiner Vermutung im Hinblick auf die künftige Entwicklung. Eine Rolle spielt weiter die Einschätzung des Dienstherrn, welche speziellen Kenntnisse der Amtsinhaber mitbringen muß, um die Stelle, gemessen an der Aufgabenlast, optimal auszufüllen. Hier wird in aller Regel zunächst nur ein Rahmen gesetzt, eine Richtung vorgegeben, um den Kreis der Bewerber nicht von vorneherein zu sehr zu beschränken. Mit dieser Maßgabe erfolgt dann - soweit notwendig - die Stellenausschreibung.

1) Achterberg, DVBl. 1977, 541, 548; Bellgardt, S. 73; Jung, S. 45.

2) Konow, ZBR 1973, 170, 172.

Die daraufhin eingegangenen Bewerbungen können zuerst in Form einer Grobauslese sortiert werden. Ausgeschieden werden diejenigen Bewerber, deren Eignung sich nicht in dem erwarteten Rahmen bewegt; die anderen gelangen in die engere Wahl. Auch diese Vorauswahl stellt nicht etwa eine reine Subsumtion der Bewerbungen unter die abstrakt festgesetzten Anforderungen dar, sondern beinhaltet gleichfalls eine Einschätzung und Prognose. Noten, Vorbeurteilungen und sonstige Eignungsmerkmale der Bewerber können in ihrer besonderen Zusammensetzung durchaus den einzelnen Bewerber wieder interessant machen, auch wenn er in anderen Voraussetzungen abfällt. Jeder Einzelfall ist also nach spezifischer Eignung im obigen Sinn zu beurteilen. Eine Ausnahme bilden dabei nur die Bewerber, die schon nicht die gesetzlich geforderten Grundvoraussetzungen erfüllen, also beispielsweise nicht Deutsche sind. Bei der Feststellung dieses Merkmals ist keine Wertung erforderlich, so daß es sich insoweit auch um gebundene Verwaltung handelt.¹⁾

Die Feinauslese, d.h. die Auswahl der tatsächlich zu ernennenden Kandidaten, findet dann unter allen übrigen Bewerbern statt. Dabei ist oft eine Zweiteilung des Verfahrens sinnvoll. Zunächst werden die schriftlichen Bewerbungsunterlagen näher gesichtet als dies bis dahin der Fall war. Ergänzend zu dem in der Ausschreibung bzw. in der Vorauswahl angelegten Grobraster können jetzt Differenzierungen eingebracht werden. So kann sich beim Vergleich der Bewerbungen zeigen, daß vielleicht

1) S. o. S. 59.

bestimmte Kriterien überbewertet oder auch unterschätzt wurden. Ggf. stellt sich auch heraus, daß bisher einzelne Kriterien zu Unrecht gar nicht berücksichtigt wurden. Hier sind Korrekturen in jeder Hinsicht möglich, soweit sie als sachgerecht anzusehen sind und nicht den Rahmen einer stattgefundenen Ausschreibung sprengen. Nach der so vorgenommenen Neudefinierung und Konkretisierung der Anforderungen findet wiederum eine Zwischenauswahl statt, aus der in aller Regel nur noch wenige Bewerber übrig bleiben. Diese werden in der zweiten Stufe der Feinauslese in Vorstellungsgesprächen auf ihre Eignung hin geprüft. Darin steht dann weniger die notenmäßige Eignung als vielmehr der persönliche Eindruck der Bewerbers zur Debatte, soweit sich daraus Schlüsse auf seine fachliche Eignung ziehen lassen. Insbesondere entscheiden insoweit Habitus, Ausdrucks- und Redegewandtheit etc.

Das Verfahren endet sodann mit der Festlegung, wer als Bester aus der Auswahl hervorgeht. Damit ist auch die Feinauslese ein Einschätzungs- und Prognoseverfahren nicht nur in bezug auf die Person des Bewerbers, sondern auch hinsichtlich der genauen Anforderungen des Amtes. Dazwischen findet eine ständige Rückkoppelung mit dem Ziel einer optimalen Stellenbesetzung statt. Diese Beurteilungs- und Wertungsfragen ziehen sich also durch das gesamte Stellenvergabeverfahren.

Allerdings ist denkbar, daß nicht jeder Ernennung ein mehraktiges Verfahren, wie eben beschrieben, vorausgeht. Vereinfachte Verfahren finden sich vor allem in Bereichen, in denen die Ernennungen sich in erster Linie an den notenmäßigen Vorbeurteilungen der Bewerber ausrichten, wie dies bei den Masseneinstellungen der Lehrer und Juristen der Fall ist. Dennoch kann auch hier nicht die Rede davon sein, daß etwa die Bewertung und Prognose durch eine reine Notensubsumtion ersetzt wäre. Selbst wenn die Noten die Grundlage der Entscheidung bilden, das einzige Kriterium dürfen sie nicht sein. Die Eignungsfeststellung beinhaltet die Überprüfung sämtlicher leistungsmäßiger Gesichtspunkte sowohl fachlicher als auch charakterlicher Art, die zu einer komplexen Bewertung nötigen.

Daran ändert auch der bereits erwähnte Umstand nichts, daß sich die Behörde zur Bewältigung der Stellenvergabeprobleme der Hilfe spezieller Entscheidungsfindungstechniken bedienen.¹⁾ Diese tragen zwar dazu bei, daß sowohl die fachliche als auch die charakterliche Eignung in Einzelkomponenten feinsten Gliederung zerlegt und per Punktsystem wieder zusammengefügt werden kann. Das wird aber nicht dazu führen, den Einschätzungs- und Prognosecharakter der Personalauswahl zu leugnen. So sehr die Entscheidungsfindungshilfen sich auch verfeinern mögen, sie werden nie ein objektives Eignungsbild des Bewerbers liefern. Das aus noch so vielen Bewertungssteinchen zusammengesetzte Mosaik trägt letztlich die Handschrift dessen, der es erstellt hat.

1) S. o. S. 66.

Jede Einzelbeurteilung hängt nicht nur von dem zu Beurteilenden sondern ebenso von dem Beurteiler ab, wie auch von der Beziehung zwischen den beiden. Das Ergebnis ist gezeichnet von der Beurteilungsfähigkeit des Beurteilers, von seiner Menschenkenntnis, seiner Objektivität und nicht zuletzt auch von seinem Vermögen, die gewonnene Erkenntnis richtig zu bewerten und in das Punkteschema zu übertragen. Nach allem steht fest, daß es sich bei den Begriffen der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, die Einschätzungs- und Prognoseelemente enthalten. Daraus folgt ein Beurteilungsspielraum des Dienstherrn, wenn Art. 33 Abs. 2 GG ihm die letztverbindliche Entscheidung in dieser Frage zubilligt und dementsprechend auch die Kontrollmöglichkeiten der Gerichte beschränkt. Durchschlagend ist hier nicht, ob der Dienstherr oder das Gericht die besseren Erkenntnis"fähigkeiten" hat¹⁾, der darauf bezogene Vorwurf der naturgegebenen Beschränkung trifft beide gleichermaßen. Zu einem sachgerechten Ergebnis führt allein die Überlegung, wer die besseren Erkenntnis"möglichkeiten" besitzt. Dies ist aufgrund seiner Sachnähe der Dienstherr. Wesentlich einfacher, zuverlässiger und sachverständiger als die Gerichte kann er die bisherigen Leistungen des Bewerbers im Verhältnis zu seinem jetzigen Persönlichkeitsbild beurteilen. Seine Erfahrung macht es ihm eher möglich als den Gerichten, einzuschätzen, welche Bewerber den spezifischen Anforderungen

1) So bereits Achterberg, VerwR, S. 273 f.;
Wolff/ Bachof I, § 31 I c 4.

des Amtes wohl künftig am besten gerecht werden.

Noch deutlicher wird der Vorsprung des Dienstherrn in bezug auf die Stellenausschreibung. Mit dem Problem, die an die Bewerber - gemessen an den kommenden Verwaltungsaufgaben - zu stellenden Anforderungen zunächst abstrakt festzulegen, wären die Verwaltungsgerichte schlicht überfordert; sie können im Gegensatz zum Dienstherrn weder aus eigener Sachkunde die künftige Verwaltungsarbeit voraussehen, noch beurteilen, welche Qualifikationen notwendig sind, um gerade die Aufgaben im Verbund mit dem Bestand der Verwaltung zu erfüllen. Damit soll nicht gesagt sein, daß die Verwaltungsgerichte nicht auch zu zutreffenden Beurteilungen kommen können. Sie wären allerdings, da nur punktuell mit derartigen Fragen befaßt, nur unter erheblichen Mühen imstande, die Komplexität solcher Personalentscheidungen voll zu erfassen und in Übereinstimmung mit den dienstlichen Belangen der Verwaltung zu bewerten. Hier ist aus Gründen der Sachkompetenz und im Interesse aller Beteiligten der eigenverantwortlichen Entscheidung der Verwaltung der Vorrang eingeräumt vor der Überprüfbarkeit durch die Gerichte. Es widerspräche dem wohlverstandenen Sinn und Zweck des Art. 33 Abs. 2 GG, hier das Bestehen einer Beurteilungsprärogative zu verneinen.

1) Solte, ZBR 1972, 109, 110 weist unter Berufung auf BayVGh, VGh n.F. 10, 110, darauf hin, daß es den Verwaltungsgerichten zudem häufig nicht möglich sein wird, die wahren Beweggründe der Behörde für ihre Entscheidung zu erforschen. Das Argument ist allerdings wenig stichhaltig, da bei gerichtlicher Überprüfbarkeit die Behörde auch verpflichtet wäre, die Ablehnungsgründe offenzulegen.

Fraglich kann allenfalls sein, worauf sich der Beurteilungsspielraum im einzelnen bezieht. Die frühere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes²⁾ erkannte auf einen Spielraum bei der Subsumtion unter den unbestimmten Rechtsbegriff; die Behörde sei ermächtigt, höchstpersönlich über das Vorliegen der Voraussetzungen verbindlich-qualifizierend zu befinden. Später modifizierten die Beamtensenate des Bundesverwaltungsgerichts diese Auffassung.¹⁾ In einem Urteil zum Begriff des dienstlichen Bedürfnisses wurde ausgeführt, der Beurteilungsbereich sei nicht dem unmittelbaren Urteil über das Vorliegen des dienstlichen Bedürfnisses eigen, sondern trete bei Vorfragen auf, bei Faktoren, die ihrerseits das Bedürfnis prägten. Die Schlußwürdigung und damit die eigentliche Beurteilung des dienstlichen Bedürfnisses obliege dagegen wieder dem Gericht. Diese sogenannte Faktorenlehre wurde in der Folgezeit³⁾ auch auf den unbestimmten Rechtsbegriff der beamtenrechtlichen Eignung angewendet.

1) Erstmals: BVerwGE 26, 65, 75 f.; dazu Kellner, DÖV 1969, 309, 312; dem hat sich z.B. angeschlossen: Bayer. VG München, ZBR 1977, 69, 70.

2) Z.B. BVerwG, Buchholz 232 § 26 BBG Nr. 8.

3) BVerwGE 32, 237, 238.

Im Ergebnis wirkt sich dieser Unterschied nicht aus.¹⁾ Die richterliche Kontrollpflicht ist gleichermaßen begrenzt, ob nun die Subsumtionsentscheidung selbst nicht voll überprüfbar ist, oder ob der in vollem Umfang möglichen Überprüfung einige feste Faktoren vorgegeben sind.²⁾

Mit der Annahme einer Beurteilungsprärogative steht fest, daß die Gerichte darauf beschränkt sind, zu prüfen, ob der Dienstherr bei seiner Ernennungsentscheidung die Begriffe der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung und den durch diese Begriffe gesteckten Beurteilungsrahmen verkannt hat, ob er bei seiner Beurteilung von unrichtigen Tatsachen ausgegangen ist, ob er allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachwidrige, d.h. durch Art. 33 Abs. 2 GG nicht gedeckte Erwägungen angestellt hat.³⁾ Beamtenrechtliche und verfassungsrechtliche Überlegungen geben dabei den Ausschlag, wieweit die Alleinkompetenz der Verwaltung im Einzelfall reicht und welche Entscheidungen diesen Rahmen sprengen.

1) Ebenso Solte, ZBR 1972, 109, 110.

2) In diesem Sinne auch Solte, ZBR 1972, 109, 110.

3) BVerwGE 8, 192, 194; BVerwGE 11, 139, 140; BVerwGE 15, 39, 40; BVerwGE 21, 127, 130 m.w.H.; BVerwGE 53, 23, 30; BVerwG, Buchholz 232 § 32 BBG Nr. 6; Finkelnburg, DVBl. 1980, 109 f.; Isensee, Festschrift, 337, 353 f.; Matthey in v. Münch, Art. 33 Rn 25; Maunz in MDHS, Art. 33 RN 19; Remmel, S. 102; Schenke, Festschrift, 571, 577; ausführlich: Bellgardt, S. 77 ff.

Für den klagenden Bewerber ergibt sich daraus die Konsequenz, daß er zwar einen direkten Ernennungsanspruch besitzen kann, ein solcher Anspruch aber nur auf der Grundlage der bisher vorgenommenen und noch vorzunehmenden Beurteilungen des Dienstherrn oder der anderen Vorgesetzten besteht. Sowohl in der Vergangenheit erworbene Zeugnisse und dienstliche Beurteilungen als auch die jetzige Einschätzung seiner Fähigkeiten sind Umstände, die den Ernennungsanspruch beeinflussen. Gegen die Verwendung dieser Kriterien ist nichts einzuwenden, solange die Beurteilungen rechtsfehlerfrei zustandegekommen sind.

Einer Klage kann auch dann kein Erfolg beschieden sein, wenn der Kläger beispielsweise nur vorträge, daß der Dienstherr bei der Auswahl der Bewerber trotz ~~em~~inienter praktischer Kenntnisse einen anderen Bewerber wegen dessen besseren theoretischen Könnens bevorzugt habe oder der Dienstherr ein ausgeglichenes Gesamtbild höher bewertet habe als Spitzenleistungen in Teilbereichen usw. Eine derartige Klage würde von vorneherein abgewiesen werden.

Damit sind Klagen gegen beamtenrechtliche Personalentscheidungen relativ enge Grenzen gesteckt. Der Bewerber hat eben die sich im Rahmen der Sachgerechtigkeit haltenden Entscheidung des Dienstherrn hinzunehmen, mag sie mit seiner eigenen Beurteilung der dienstlichen Notwendigkeiten auch noch so wenig übereinstimmen. Dies bedeutet jedoch nicht, daß

Klagen in diesem Rechtsgebiet durchweg ohne Erfolg sein müßten. Das mag zwar für einen großen Teil aller Ernennungen gelten, in Einzelfällen ist jedoch, wie bereits einige zitierte Urteile aus der Vergangenheit zeigen, auch ein anderes Ergebnis denkbar. Der Beurteilungsspielraum des Dienstherrn hat durchaus handfeste Grenzen, wie sich im folgenden auch noch erweisen wird.

(c) Art. 33 Abs. 2 GG als Ermessensnorm

Die Auslegung einer Vorschrift dahingehend, daß sie der entscheidenden Behörde eine Beurteilungsprärogative zugesteht, schließt nicht aus, daß sie der Behörde daneben noch einen Beurteilungsspielraum einräumt. Ebenso wie im Rahmen der Beurteilungsprärogative kommt es hier darauf an, ob aus Art. 33 Abs. 2 GG herausgelesen werden kann, daß der Dienstherr unabhängig von der Feststellung der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung ein Wahlrecht zwischen mehreren möglichen Ernennungsentscheidungen besitzen soll¹⁾, das nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten auszuüben wäre.

Eine Wortinterpretation des Art. 33 Abs. 2 GG führt zu keinem sicheren Ergebnis. Auf der einen Seite spricht die Formulierung "jeder Deutsche hat...ein Recht..." gegen einen Ermessensspielraum und für eine gebun-

1) Dabei ist streitig, ob als Auslegungsregel eine Vermutung zugunsten rechtlicher Bindung und gegen eine Ermessensermächtigung angenommen werden kann; so: Eyermann/Fröhler, § 114 RN 7; kritisch: Redeker/ v.Oertzen, § 114 RN 7.

dene Entscheidung. Auf der anderen Seite kann die Wendung "nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung...gleichen Zugang..." durchaus auch im Sinne einer Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Bewerbern verstanden werden. Der maßgebliche Wille des Gesetzgebers hat sich also im Wortlaut nicht niedergeschlagen.

Die Lösung ist vielmehr in einer teleologischen Interpretation zu suchen. Hierbei entscheidet der Zweck der auszulegenden Norm in Verbindung mit der dazu in Wechselwirkung stehenden gesellschaftspolitischen Ordnung. Maßgeblich ist das heutige, von vielerlei Einflüssen aus der näheren und weiteren Umgebung des Rechts geprägte Verständnis von der in Rede stehenden Norm. Im Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 2 GG kommen insbesondere verfassungsrechtliche, beamtenrechtliche und verwaltungsverfahrenrechtliche sowie verwaltungsgerichtliche Aspekte zum Tragen. Die enorme Fortentwicklung des öffentlichen Rechts und damit einhergehend auch der Verwaltungsgerichtsbarkeit verbietet es, das Zugangsrecht des Art. 33 Abs. 2 GG heute noch mit denselben Augen zu betrachten, wie vielleicht vor 50 oder auch nur vor 25 Jahren.

Gleichzeitig mit der Verbesserung der Rechtsschutzmöglichkeiten ist auch das Rechtsschutzbewußtsein des Bürgers gestiegen, der sich in immer zunehmenderem Maße gegen die Verwaltungsmaßnahmen wendet, die er als ungerecht empfindet. Daraus ist die Notwendigkeit erwachsen, das Verhältnis des Staates zum Bürger stets neu zu überdenken. Das Beamtenrecht hat sich dieser Tendenz zumindestens

in Teilbereichen sehr lange erwehren können, wohl auch deshalb, weil die Beachtung hergebrachter Grundsätze in der Verfassung festgeschrieben ist. Doch immer stärker muß sich auch das Beamtenrecht fragen lassen, ob es nicht die Rechte der Betroffenen zu sehr einschränkt. Es hat sich im Grunde daraufhin prüfen zu lassen, ob es überhaupt notwendig ist, auf den tradierten Grundsätzen zu beharren, oder ob nicht nach heutigem Verständnis die Rechtsposition der Betroffenen ausgebaut werden kann, ohne die Funktion des Beamtenrechtswesens zu beeinträchtigen. Mitten in diesem Problemkreis ist die Frage angesiedelt, ob Art. 33 Abs. 2 GG auch heute noch als eine Ermessensnorm verstanden werden muß, die der Behörde ein Wahlrecht zwischen den Bewerbern verleiht, oder ob der Zweck des Zugangsrechts nicht auch erfüllt wird, wenn es bei der Beurteilungsprärogative verbleibt. Dementsprechend hat die Frage nach der beamtenrechtlichen Notwendigkeit eines Ermessensspielraums die folgenden Ausführungen zu beherrschen.

Es wäre unzweckmäßig und würde der differenzierten Problematik nicht gerecht, wenn der gesamte Ernennungsprozeß pauschal untersucht würde. Dabei würde völlig außer Acht gelassen, daß von der Überlegung des Dienstherrn, ein Amt neu zu besetzen bzw. ein solches Amt erst zu schaffen, bis hin zum eigentlichen Ernennungsakt eine Vielzahl verschiedener Vorentscheidungen getroffen werden müssen. Diese können weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht über einen Kamm geschoren und einheitlich als Ermessensentscheidungen oder als rechtlich

gebundene Entscheidungen qualifiziert werden. Aus heutiger Sicht mutet es oberflächlich an, wenn früher stellenweise gesagt wurde, die Ernennung selbst sei eine Ermessensentscheidung, da es im Belieben des Dienstherrn stehe, ob er das Amt überhaupt besetzen wolle.¹⁾

Erforderlich ist es demgegenüber, einen klaren Trennungsstrich zwischen denjenigen Abschnitten des Stellenbesetzungsverfahrens zu ziehen, denen jeweils unterschiedliche Funktionen zukommen. Grundlegende Unterschiede bestehen insoweit zwischen dem Verfahren bis zur Entscheidung der Behörde, daß eine bestimmte Stelle neu besetzt werden soll, und dem folgenden Verfahren zur Auswahl der Bewerber. Für den ersten Abschnitt trifft die Bezeichnung "Stellenplanung", für den zweiten der Begriff "Stellenvergabe" zu. Stellenplanung und Stellenvergabe kennzeichnen begrifflich zwei rechtlich nahezu konträre Stadien auf dem Weg zur Ernennung eines Beamten.²⁾ Diese Differenzierung bildet den Ansatzpunkt für die Bewältigung aller mit der Konkurrentenklage verbundenen Probleme.

1) In diesem Sinne offenbar BVerwGE 15, 3, 6.

2) Diesen Unterschied erkennen auch: Battis, JZ 1972, 384, 387; Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 648 f.; ungenau: Tietgen, Festschrift, 325, 343, der beide Stadien miteinander vermengt; ebenso Finkelnburg, DVBl. 1980, 809, 810.

(aa) Stellenplanung

Unter dem Begriff der Stellenplanung sammeln sich alle Verfahrensabschnitte von den ersten Gedanken der Verwaltung, ein neues Amt einzurichten, bis hin zur tatsächlichen Schaffung dieses Amtes.¹⁾ Dazu gehören u.a. haushaltsrechtliche, organisatorische, bedarfsplanende und finanzielle Überlegungen. In diesen Bereich fällt die Aufstellung des Stellenplans, die Entscheidung, welche Aufgaben von dem einzelnen Amt übernommen werden sollen, mit welchen Ressourcen es ausgestattet sein muß, wann es zur Verfügung stehen und besetzt werden soll und wie der Amtsinhaber zu besolden ist. Für den Fall, daß bereits das Amt besteht und nur unbesetzt ist, gehört es zur Stellenplanung, darüber zu befinden, ob und wann es neu besetzt werden soll. Im Hinblick auf Beförderungen stellt es eine stellenplanerische Entscheidung dar, ob und wann die Beförderung erfolgen soll. Das Gebiet der Stellenplanung wird dagegen verlassen, wenn es nicht mehr um das "ob" und das "wann" einer Ernennung geht, sondern um die Frage, "wer" zu ernennen ist. Dies gehört in das sogenannte Stellenvergabeverfahren.

Die Stellenplanung bildet einen Kernbereich der inneren Verwaltung, in dem weitgehend freies Ermessen besteht.²⁾ Dies beruht auf

1) Andeutungsweise: Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 648.

2) BayVG, VG n.F. 10, 110, 116 f.; Battis, JZ 1972, 384, 387; Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 648.

der Organisationshoheit der Verwaltung in Fragen, die ihr Funktionieren betreffen.¹⁾ Teilweise wird in diesem Zusammenhang daneben noch von der Personalhoheit gesprochen.²⁾

Unter Organisationshoheit³⁾ - oder auch Organisationsgewalt - ist dabei die Kompetenz zur Bildung, Errichtung, Einrichtung, Änderung oder Aufhebung von Organen zu verstehen.⁴⁾ Darunter fallen auch Maßnahmen wie die Aufgabenzuweisung und -verteilung sowie die Zuweisung von Räumen, Sachmitteln und Personal.⁵⁾

Die Organisationsgewalt entspricht auf staatlicher Ebene unmittelbar der Hoheitsgewalt des Staates⁶⁾, auf gemeindlicher und kirchlicher Ebene der Verfassung oder einfachen Gesetzen.⁷⁾ In die Organisationsgewalt teilen sich Legislative und Exekutive.⁸⁾ Die Legislative allein besitzt die Kompetenz, Planstellen zu errichten⁹⁾, während es der Exekutive zufällt, zu entscheiden, ob und wann das Amt vergeben wird.

1) Battis, JZ 1972, 384, 387; Isensee, Festgabe, 337, 338; v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 107; Schick, DVBl. 1975, 741, 742; allg.: Lecheler, S. 74 ff. und 109 ff.

2) Isensee, Festgabe, 337, 338.

3) Böckenförde, S. 22, 23 f.; 56.

4) Wolff/Bachof II, § 78 I a; Schick, DVBl. 1975, 741, 742.

5) Wolff/Bachof II, § 78 I a.

6) BVerfGE 2, 307, 319; BVerwGE 36, 91, 94; Forsthoff, S. 434.

7) Schick, DVBl. 1975, 741, 742.

8) Böckenförde, S. 55 ff.

9) § 28 Abs. 1 HGrG; §§ 17 Abs. 5, 49 BHG.

Diese Entscheidung trifft sie nach eigenem Ermessen, ausgerichtet an Zweckmäßigkeitsüberlegungen im weitesten Sinn.

Das Organisationsermessen der Verwaltung ist allerdings nicht grenzenlos. Ihm wird ein Rahmen gesteckt, der insbesondere von dem haushaltsrechtlichen Gebot der Sparsamkeit¹⁾ und den Grundsätzen des Verwaltungshandelns, insbesondere den Geboten der Wirtschaftlichkeit und Effektivität der Verwaltung²⁾ gebildet wird. Gerade der kostenträchtige Sektor des Personalwesens erlaubt Ausgaben nur, soweit sie zur nutzbringenden Aufgabenerfüllung notwendig sind.

Die sich hieraus ergebenden Vorgaben seien, so wird verschiedentlich argumentiert³⁾, so stark, daß ein Ermessensspielraum der Verwaltung praktisch gar nicht bestehe. Diese Sichtweise trifft zu, wenn die tatsächlichen Möglichkeiten, den Personaletat als Mittel zur Konjunktursteuerung und zur Lösung arbeitsmarktpolitischer Probleme einzusetzen, betrachtet werden. Hier ist der Einfluß der Exekutive tatsächlich gleich Null⁴⁾; es ist ja aber auch nicht Sache der Verwaltung, (Regierungs-) Politik mitzubestimmen. Auf der anderen Seite läßt sich ein Ermessensspielraum in bezug

1) Achterberg, VerwR, S. 283.

2) §§ 6 Abs. 1, 19 Abs. 2 HGrG, §§ 7 Abs. 1 Satz 1, 34 Abs. 2 BHO; dazu auch Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 648 Fn. 54, der auf den Belohnungscharakter von Beförderungen hinweist; zur Wirtschaftlichkeit: Achterberg, VerwR, S. 283.

3) Vgl. Isensee, Festgabe, 337, 338.

4) In diesem Sinne: Isensee, Festgabe, 337, 338.

auf jede einzelne stellenplanerische Entscheidung nicht leugnen. Die haushaltsrechtlichen Vorgaben sind bei weitem nicht so eng, daß durch sie allein die Verwaltungsentcheidung vorweggenommen würde.

Es liegt grundsätzlich in der Hand der Exekutive zu bestimmen, welcher Aufgaben sie sich annehmen und unter Zurhilfenahme welcher Ämter sie diese Aufgabe erfüllen will. Ihr diese Freiheit prinzipiell zu nehmen, hieße die bei ihr vorhandenen organisatorischen Erfahrungswerte in eine Sackgasse münden zu lassen. Die Entscheidungen müßten auf verwaltungsfremde Einrichtungen übertragen werden, denen die notwendige Sachnähe fehlte. Um dieses zu verhindern und die Ermessenskompetenz der Verwaltung zu wahren, sind die Möglichkeiten, ihre diesbezüglichen Maßnahmen zu überprüfen, eng begrenzt. Eine Kontrolle findet praktisch nur durch die Rechnungshöfe¹⁾ statt.

Rechtlich noch nicht geklärt ist der Charakter dieses Ermessens. Sicher ist nur, daß es sich nicht um ein Ermessen im üblichen Sinne handelt, da keine Auswahlmöglichkeit zwischen mehreren vorgegebenen Entscheidungen besteht und im übrigen auch nicht zunächst ein Tatbestand zu erfüllen ist. Das stellenplanerische Ermessen wie das Organisationsermessen ist wesentlich weiter; es reicht in den Bereich der Verwaltungspolitik hinein und wird deshalb gelegentlich als verwaltungspolitisches Ermessen bezeichnet.²⁾

1) Nur Rechtsaufsicht, keine Fachaufsicht.

2) BVerwGE 26, 65, 77; Günther, ZBR 1979, 93, 95.

Unabhängig von dieser mehr theoretischen Problematik bedeutet die Existenz eines Ermessensspielraums im Bereich der Stellenplanung nicht, daß auch Art. 33 Abs. 2 GG eine Ermessensnorm wäre. Diese Vorschrift berührt die Stellenplanung überhaupt nicht, sondern setzt mit ihrem Gehalt erst ein, wenn das zu vergebende öffentliche Amt schon vorhanden ist.¹⁾ Das ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut (Zugang zu jedem öffentlichen Amte) und leitet sich zum anderen aus dem Sinn und Zweck der Zugangsvorschrift ab, die für eine leistungsgerechte Auswahl der Bewerber sorgen will.

Das Einleiten der Suche nach dem Besten der Bewerber setzt voraus, daß ein solcher überhaupt benötigt wird. Das wiederum bedeutet, daß die Entscheidung, das Amt zu vergeben, bereits gefallen sein muß.²⁾ Die gesamte hier zur Debatte stehende Zugangsproblematik des Art. 33 Abs. 2 GG wird also nicht durch das verwaltungspolitische Ermessen im Stellenplanungsverfahren beeinflußt; dieses betrifft der Personalauswahl vorangehende Fragen, ohne inhaltlich auf die Entscheidungskriterien einzugehen.

1) Bellgardt, S. 61; v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 107; Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 648.

2) Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 650.

Verschiedentlich wird auch die Personalhoheit zur Begründung des stellenplanerischen Ermessens herangezogen.¹⁾ Die Personalhoheit umfaßt die Befugnis, Beamte auszuwählen, anzustellen, zu befördern und zu entlassen.²⁾ Unklar ist das Verhältnis der Personalhoheit zur Organisationsgewalt. Teilweise werden hier Überschneidungen für möglich erachtet³⁾, teilweise wird eine Grenzlinie gezogen.⁴⁾ Das Abgrenzungsproblem mag dahinstehen, solange die Organisationsgewalt nicht über den Bereich der Stellenplanung hinausgeschoben wird. Die Personalhoheit jedenfalls wird erst dann akut, wenn bereits ein Amt vorhanden ist, dessen Besetzung ansteht. Daraus erhellt, daß die Personalhoheit keinen Platz bei der Stellenplanung, allenfalls Raum bei der Stellenvergabe hat.

-
- 1) Remmel, S. 100, der sich selbst in Widerspruch zu seinen Ausführungen auf S. 104 setzt; Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 648.
 - 2) BVerfGE 9, 268, 282 ff.; BVerfGE 17, 172, 182; Wolff/Bachof II, § 111 I a.
 - 3) Wolff/Bachof II, 78 IV a; vgl. Jung, S. 146 f.
 - 4) Remmel, S. 104; Schick, DVBl. 1975, 741, 742.

(bb) Stellenvergabe

Die Stellenvergabe¹⁾ schließt sich an die Stellenplanung an. Sie umfaßt den gesamten Bereich von der Festsetzung der an den künftigen Amtsinhaber zu stellenden Voraussetzungen bis zum Ernennungsvorgang. Dazwischen sind Maßnahmen angesiedelt wie die Stellenausschreibung²⁾, die Entgegennahme und Durchsicht der Bewerbungen, die Auswahl der in die engere Wahl gezogenen Bewerber, die Vorstellungsgespräche und die endgültige Auswahl des zu Ernennenden.

Der wesentliche Unterschied zur Stellenplanung liegt darin, daß dort die verwaltungsmäßigen Bedürfnisse konkretisiert werden, während hier diese Anforderungen mit dem verglichen werden, was die Bewerber zu bieten haben. Es handelt sich um den bereits erwähnten Vergleich der Anforderungsprofile mit den Befähigungsprofilen.

In diesem Bereich der Stellenvergabe entfaltet Art. 33 Abs. 2 GG seine Wirkung, indem er den Dienstherrn auf die Anwendung des Leistungsgrundsatzes als Auswahlkriterium verweist.³⁾ Hier nun kommt die Ausgangsfrage zum Tragen, ob neben der insoweit bestehenden Beurteilungsprärogative noch ein Ermessensspielraum des Dienstherrn vorliegt. Das wäre anzu-

1) VGH Mannheim, DVBl. 1968, 255, 258, spricht von "Stellenbesetzungsverfahren".

2) VGH Mannheim, DVBl. 1968, 255, 258.

3) Bayer. VerfGH, DÖV 1966, 715; Isensee, Festgabe, 337, 339; VGH Mannheim, DVBl. 1968, 255, 258.

nehmen, wenn Art. 33 Abs. 2 GG es zuließe, daß unabhängig von den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung noch zusätzlich Zweckmäßigkeitss Gesichtspunkte bei der Auswahl der Bewerber eine Rolle spielen dürften. Denkbar wäre dies nur in zweierlei Hinsicht:

Entweder schreibt Art. 33 Abs. 2 GG die Suche nach dem leistungsmäßig Besten unter den Bewerbern vor und gestattet dann noch die Auswahl eines anderen nach Zweckmäßigkeitss Gesichtspunkten. Oder Art. 33 Abs. 2 GG läßt es von vorneherein zu, daß die Auswahl der Bewerber von leistungsfremden Kriterien mitbestimmt wird. Dagegen kann von Ermessen keine Rede sein, wenn der Leistungsgrundsatz absolute Geltung beansprucht und neben sich keine anderen Auswahlkriterien duldet. Die Lösung hängt also davon ab, welche Bedeutung das Leistungsprinzip für die Ernennung hat.

Jedenfalls im Grundsatz besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß sich die vom Dienstherrn vorzunehmende Auswahl der Bewerber nur nach Leistungsgrundsätzen zu vollziehen hat.¹⁾ Art. 33 Abs. 2 GG verlangt ohne Ausnahme eine Heranziehung des besten Bewerbers und erklärt das Leistungsprinzip deshalb für abschließend.²⁾ Dies verdient auch uneingeschränkte Zustimmung.

1) BGH, NJW 1977, 1962, 1963; Günther, ZBR 1979, 93, 95; Isensee, Festgabe, 337, 342; Maunz in MDHS, Art. 33 RN 21.

2) Fürst, GKÖD I K § 8 RN 28; a.A.: Brunner, RiA 1974, 1 ff.; Schütz, § 7 LBG NRW RN 2 a; Weiß/Nidermaier/Summer, Art. 12 Anm. 3.

Dem Leistungsprinzip kommt eine überragende Bedeutung nicht nur für das Beamtenrecht sondern für das gesamte Verfassungsrecht zu. Diese Beschränkung des Dienstherrn auf Leistungsgesichtspunkte soll verhindern, daß sachfremde Kriterien Einfluß auf die Auswahlentscheidung gewinnen. Dabei ist die Aufzählung der Negativmomente in Art. 33 Abs. 2 GG, ergänzt durch Art. 3 Abs. 3 GG, keineswegs vollständig, wenn doch schon recht umfassend.

Die ursprüngliche Bedeutung des Leistungsprinzips erklärt sich aus der etwa zwei Jahrhunderte zurückreichenden Geschichte. Anfänglich galt es als das freie Recht des Herrschers, sich seine Dienerschaft auszusuchen. Bis hinein in die Hochzeit des Absolutismus war der Verwaltungsmann gedungen, den Fürsten als Person in der Besorgung seiner Angelegenheiten zu unterstützen. Auswahl und Entlassung der Diener waren in das Belieben des Fürsten gestellt. Seit der Mitte des 18. Jahrhunderts änderte sich die Vorstellung von dem Amt des Fürsten. Das neue Verständnis ging dahin, ihn seinerseits als Diener des Staates zu begreifen. Maßgebend für diese Entwicklung waren neben anderen vor allem die Lehren von Christian Wolff¹⁾ und Rousseau.

Im Jahre 1788 postulierte dann Sebastian Malacord als erster, das Recht, Staatsdiener anzustellen, sei ein Hoheitsrecht des Regenten, welches dem Staatszwecke gemäß gehandhabt werden

1) Jus Naturale, 1748.

müsse. Bei seiner Ausübung handele der Herrscher nicht in seinem Namen, sondern in dem seines Staates¹⁾ und mit Rücksicht auf das allgemeine Wohl.

Dennoch bedeuteten diese Anfänge einer Bindung des Herrschers in Fragen der Dienerschaft nicht, daß damit auch jedermann eine gleiche Chance bekommen hätte, eingestellt zu werden. Noch das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 enthielt in Teil II Titel 9 § 35 die Aussage: "Der Adel ist zu den Ehrenstellen im Staate, wozu er sich geschickt gemacht hat vorzüglich berechtiget."²⁾ Diese Vorschrift wurde dann jedoch im Jahre 1808 durch das Preußische Reglement wegen Besetzung der Offiziersstellen aufgehoben und durch den ersten Vorläufer des heutigen Zugangsrechts ersetzt: "Einen Anspruch auf Offiziersstellen sollen von nun an in Friedenszeiten nur Kenntnisse und Bildung gewähren, in Kriegszeiten ausgezeichnete Tapferkeit und Überblick. Aus der ganzen Nation können daher alle Individuen, die diese Eignung besitzen, auf höchsten Ehrenstellen im Militär Anspruch machen. Aller bisher gehabter Vorzug des Standes hört beim Militär ganz auf, und jeder, ohne Rücksicht auf seine Herkunft, hat gleiche Pflichten und gleiche Rechte."³⁾

1) Tietgen, Festschrift, 325, 341.

2) Dazu allgemein: Tietgen, Festschrift, 325, 330 ff.

3) Zit. nach von Rönne S. 7.

Hinsichtlich der Zivilämter enthielt der Eingang des Publikandums vom 5.12.1908 eine inhaltsähnliche Bestimmung: "Die Nation erhält eine, ihrem wahren, besten und dem Zweck angemessene Teilnahme an der öffentlichen Verwaltung, und dem ausgezeichneten Talent in jedem Stande und Verhältnis wird Gelegenheit eröffnet, davon zum allgemeinen Besten Gebrauch zu machen."¹⁾

In der Folgezeit erfuhr das Recht auf gleichen Zugang dann eine immer stärkere Verfestigung. In Teilaspekten wurde es Bestandteil der Süddeutschen Verfassung. Später hieß es in Art. 4 Abs. 3 der Preußischen Verfassung von 1850: "Die öffentlichen Ämter sind, unter Einhaltung der von den Gesetzen festgestellten Bedingungen, für alle dazu Beteiligten gleich zugänglich." Die Reichsverfassung von 1871 bestimmte in Art. 3 über die Grenzen der Bundesstaaten hinweg, daß der Bürger jeden Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaat zu den öffentlichen Ämtern zugelassen war. Auf dem Weg über Art. 128 der Weimarer Reichsverfassung entstand dann schließlich der heute geltende Art. 33 Abs. 2 GG.

Solange das Recht auf gleichen Zugang aller zu allen öffentlichen Ämtern besteht, solange wird es von der handhabenden Verwaltung als eine Ermessensvorschrift verstanden. Dabei wird seit jeher die Bedeutung des Leistungsprinzips nicht erkannt oder aber heruntergespielt. Das Zugangsrecht des Bürgers erscheint mehr als ein Recht der Verwaltung auf freie Auswahl nach teilweise frei ge-

1) V. Rönne, S. 7.

wählten Kriterien. Seit jeher spielen Beziehungen welcher Art auch immer eine wesentlich größere Rolle bei der Ämterbesetzung als Leistungen. Nachdem der Adel durch Abschaffung des Vorzugsrechts aus dem Allgemeinen Landrecht der Preußischen Staaten keine rechtlich verankerten Vorteile mehr besaß, kamen seine Mitglieder über persönliche oder andere Verbindungen zu den begehrten Ämtern. Das formell zu dem einzigen Auswahlkriterium erhobene Leistungsprinzip wurde seit seinem Bestehen untergraben durch verwandtschaftliche, traditionelle, gesellschaftliche, konfessionelle oder parteipolitische Vorurteile¹⁾.

Mehrere Untersuchungen und Stellungnahmen zeigen, daß es zu keiner Zeit gelungen ist, das Leistungspostulat zu verwirklichen.²⁾ Gerade der Umstand, daß die Negativkataloge mit den verpönten Auswahlkriterien immer länger geworden sind, macht deutlich, daß zuvor die Anwendung solcher Kriterien an der Tagesordnung war. Aber auch die ausdrückliche Aufzählung der verbotenen Gesichtspunkte hat nicht erreichen können, daß die Verwaltung sich heute daran hält. Täglich in den Medien verwendete Begriffe wie Ämterpatronage, Verfilzung, Klüngel etc. beweisen, daß immer noch leistungsfremde Kriterien angelegt werden. Es findet sich sogar die Formulierung, daß die illegitime Durchbrechung des Art. 33 Abs. 2 GG schon die Regel sei.³⁾

1) Tietgen, Festschrift, S. 325, 335.

2) Köttgen, S. 68; Tietgen, Festschrift, S. 325, 335.

3) Karl-Josef Bartsch, zit. bei Tietgen, Festschrift, S. 325, 336.

Vorstehende Betrachtungen zeigen, daß der Leistungsgrundsatz in erster Linie dazu geschaffen war, ungerechtfertigte und ungerechte Auswahlkriterien zu beseitigen. Heute hat Art. 33 Abs. 2 GG darüber hinaus eine ausgesprochen positive Bedeutung bekommen. Leistung wird verlangt, weil Leistung notwendig ist, nicht nur deshalb, weil andere Gesichtspunkte verpönt sind. Angesichts einer sich immer stärker durchsetzenden Aufgliederung der Verwaltung in viele Fachverwaltungen verbunden mit einer zunehmenden Spezialisierung einzelner Abteilungen steigen auch die Anforderungen an die Mitglieder des öffentlichen Dienstes. Schwierige Sachfragen, zu denken ist insbesondere an die Bauverwaltung, das Atom- und Umweltrecht etc., verlangen nach einer fachlich kompetenten Verwaltung, deren Arbeits- und Entscheidungstechniken sich immer deutlicher denen der freien Wirtschaft annähern. Der neuzeitliche Staat benötigt den Beamten als Fachmann.¹⁾

Zu Recht wird weiter darauf hingewiesen, daß eine Effizienzsteigerung auch deshalb notwendig geworden ist, weil die Verwaltung zum einen in immer stärkerem Maße in Aufgaben hineingewachsen ist, die früher Privatunternehmen vorbehalten waren (Stichwort: Privatisierung²⁾) und zum anderen die rezessive wirtschaftliche Entwicklung Konsequenzen für die

1) Tietgen, Festschrift, S. 325, 333.

2) Däubler, S. 106 f.

öffentlichen Haushalte ausgelöst hat.¹⁾ Etwas verkürzt formuliert stellt sich an die Verwaltung die Anforderung, mehr Leistung mit weniger Leistungsträgern (Beamten) zu erbringen.²⁾ Das wirkt sich zwangsläufig auch auf die wesentlichen Personalentscheidungen aus.

Einstellungen und Beförderungen haben sich deshalb ausschließlich daran zu orientieren, ob der Betreffende auch das neue Amt auf Grund seiner Kenntnisse zum Besten des Staates ausüben wird. Dabei beschränkt sich die hervorragende Stellung des Leistungsprinzips keineswegs auf die Teile der Verwaltung, die mit entsprechend komplexen Thematiken befaßt sind. Die gleichen Grundsätze gelten auch und vielleicht besonders im Bereich der Massenverwaltung, also beispielsweise auf den unteren Verwaltungsebenen, aber auch bei der Lehrerschaft und eingeschränkt bei den Richtern. In einer Zeit, in der finanzielle Schranken es dem Staat verwehren, immer mehr Planstellen zu schaffen und zu besetzen (ein Problem der Stellenplanung), muß zwangsläufig eine Auswahl unter den Bewerbern auch in diesen Bereichen stattfinden. Fände diese Auswahl nicht nach Leistungsgesichtspunkten statt, würden also nicht die Besten eingestellt werden, bestünden die Forderungen nach Sparsamkeit und Effizienz nur auf dem Papier. Die Massenverwaltung unterscheidet sich damit lediglich quantitativ von der übrigen Verwaltung, qualitativ in bezug auf die grundlegende

1) Achterberg, DVBl. 1977, 541, 542.

2) Noch nicht geklärt ist der Weg zu diesem Ziel; s. dazu Achterberg, DVBl. 1977, 541, 542 ff. m.w.H.

Relevanz des Leistungsprinzips besteht keine Rechtfertigung einer Differenzierung.

Zu Recht wird allerdings darauf hingewiesen, daß sich das Beamtenverhältnis nicht in der Bereitstellung der Arbeitskraft erschöpft.¹⁾ Über die reine Schaffenstätigkeit hinaus steht der Beamte in einem besonderen Pflichtverhältnis zum Staat, geprägt durch Begriffe wie Treue, Gehorsam, Charakterfestigkeit, Uneigennützigkeit, Hingabe, Verantwortlichkeit etc.²⁾ Dabei handelt es sich jedoch nicht um Eigenschaften, die isoliert von den Begriffen der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu verstehen wären. Sämtliche Forderungen, die an den Beamten gestellt werden, lassen sich unter dem Oberbegriff der Eignung sammeln. Wenn auch die persönlichen Pflichten eines Beamten weitreichender sind als die eines Angestellten in der freien Wirtschaft, kann das nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, daß die fachliche Eignung wesentlich durch persönliche Eigenschaften mitbestimmt wird. Aus diesem Grund versteht Art. 33 Abs. 2 GG unter der Eignung neben der fachlichen Kompetenz auch die charakterliche und persönliche Eignung.³⁾ Auch unter Berücksichtigung dieser Gedanken bleibt das Leistungsprinzip das allein zulässige Auswahlmoment.

An dieser Stelle ist anzuführen, daß persönliche Eignungsmerkmale heute allerdings doch eine weniger starke Rolle spielen als früher. Das hängt mit der erwähnten Wandlung des Beam-

1) Tietgen, Festschrift, S. 325, 333 f.

2) Vgl. §§ 52 ff. BBG.

3) Jung, S. 41 ff.; s.o.S. 69.

ten zum Fachmann zusammen, die dazu führt, daß die arbeitstechnischen Fähigkeiten des Beamten höher bewertet werden als die menschlichen Aspekte. Früher galt der Diener des Herrschers als Ausführungskraft von dessen Ideen und hatte dementsprechend größte Treue ihm gegenüber zu bewahren. Heute wird die Arbeit der Regierenden nicht diesen persönlich zugerechnet, sondern seinerseits als ein Dienst am Staat verstanden. Die Herrschenden sind die Diener des Gemeinwohls. Ihre Arbeitskraft haben sie zum Wohle des Volkes einzusetzen. Dementsprechend werden sie und die Exekutive heute mehr denn je gemessen an dem Wert ihrer Tätigkeit für das Volk. Bewertungs- und auch Auswahlkriterium ist das zu erwartende Resultat ihrer Berufung für die notwendige Aufgabenbewältigung. Die fachliche Eignung hat die charakterliche Eignung übertrumpft. Die persönlichen Momente spielen nur noch eine Rolle, soweit sie Einfluß auf die fachlichen Qualitäten eines Beamten haben. Das ganze Stellenvergabeverfahren steuert allein auf die Auswahl des fachlich Besten zu.¹⁾ In dieser Auswahl ist der Dienstherr durch Art. 33 Abs. 2 GG gebunden.

Gelegentlich wird die Ansicht vertreten²⁾, daß bei Beförderungen neben den leistungsmäßigen Gesichtspunkten die Fürsorgepflicht eine Rolle spiele. Im Gegensatz zu Ernennungen, bei denen die Bewerber noch keine

1) Anders noch: BVerwGE 15, 3, 9.

2) Vgl. Günther, ZBR 1979, 93, 95.

Beamte seien, genössen die Beförderungskandidaten bereits den Schutz der Fürsorgepflicht des Dienstherrn. Dadurch würde Art. 33 Abs. 2 GG auch von sozialen und anderen jedenfalls leistungsfremden Überlegungen beeinflusst.

Ehe im weiteren Verlauf dieser Arbeit noch näher auf evtl. Ansprüche aus der Fürsorgepflicht eingegangen wird, sollen hier nur zwei grundsätzliche Bedenken angeführt werden. Zum einen ist es sehr fraglich und richtigerweise zu verneinen, daß die Fürsorgepflicht des Dienstherrn sich nur auf Beförderungsbewerber und nicht auch auf Bewerber für eine Erstanstellung erstreckt. Die Fürsorgepflicht schützt nicht nur den angemessenen Aufstieg, sondern ebenso den sachgerechten Einstieg. Zum anderen kann nicht angenommen werden, daß die Fürsorgepflicht auch nur in Teilbereichen das Leistungsprinzip verdrängen könnte.¹⁾ Es ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, daß zum Schutze eines Bewerbers ein besserer Mitbewerber zurückgesetzt werden müßte. Soziale Härten können auf andere Weise als durch eine Ernennung oder Beförderung gemildert werden.²⁾

Das Leistungsprinzip ist das einzige von Art. 33 Abs. 2 GG tolerierte Auswahlkriterium. Diese Feststellung bedeutet zugleich, daß Art. 33 Abs. 2 GG keine Ermessensvorschrift

1) BVerwG, Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 18; BVerwG, Buchholz 235. 17 § 25 LBesG NRW Nr. 12; Günther, ZBR 1979, 93, 93.

2) Aus diesem Grund braucht das Leistungsprinzip auch nicht vor der Sozialstaatlichkeit abzudanken: Isensee, Festgabe, 337, 345.

ist.¹⁾ Wo Zweckmäßigkeitsüberlegungen nicht erlaubt sind, ist kein Raum für Ermessen. Insbesondere spielt das im Rahmen der Stellenplanung maßgebliche verwaltungspolitische Ermessen hier keine Rolle.²⁾ Von der Einleitung der Stellenausschreibung bis zur Ernennung des Ausgewählten regiert ausschließlich Art. 33 Abs. 2 GG das Verfahren.

Aus diesem Grund ist es auch verfehlt, im Zusammenhang mit der Stellenvergabe von Personalhoheit zu sprechen³⁾, einem Begriff, der doch wieder die Einräumung eines Ermessensspielraums impliziert. Art. 33 Abs. 2 GG wird auch nicht etwa von der Personalhoheit überlagert.⁴⁾ Eine Personalhoheit in dem Sinne einer Ermessensermächtigung gibt es nicht.

Personalhoheit bedeutet, dies sei hier wiederholt⁵⁾, die Kompetenz des Staates, Beamte auszuwählen, anzustellen, zu befördern und zu entlassen. Damit gewinnt die Personalhoheit zwar Bedeutung im Bereich der Stellenvergabe. Jedoch verfolgt sie ausschließlich staatsorganisatorische Ziele.

1) So Remmel, S. 103 f.

2) A.A.: Schenke, Festschrift, 571, 577, der allerdings im gleichen Atemzug die Heranziehung anderer als leistungsmäßiger Gesichtspunkte ablehnt.

3) Remmel, S. 104; Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 657; anders: Solte, NJW 1980, 1027, 1028; Wolff/Bachof II, § 111 I a.

4) So aber: Finkelnburg, DVBl. 1980, 809, 810.

5) S.o.S. 86 f.

Der Träger der Personalhoheit soll die Personalauswahl eigenverantwortlich treffen können, frei von der verbindlichen Mitwirkung anderer öffentlich-rechtlicher Organe.¹⁾ Die Bildung unabhängiger, in Fragen der Personalauswahl mitentscheidender Ausschüsse ist unzulässig. Aus demselben Grund unzulässig wäre eine Fachaufsicht des Staates über die Gemeinden in Personalfragen, hier gibt es nur die Rechtsaufsicht. Und ebenso unzulässig wäre z.B. die Mitentscheidung durch die Legislative in derartigen Fragen. Das Institut der Personalhoheit bewahrt daher der Verwaltung die eigenverantwortliche Behandlung ihrer Personalangelegenheiten. Sie sagt aber nichts darüber aus, wie diese Behandlung auszu sehen hat.²⁾ Die Personalhoheit nimmt keinen Einfluß auf die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG und räumt dementsprechend dem Dienstherrn auch kein Ermessen ein.

Das gleiche gilt für die Dienstherrnenfähigkeit und das Beamtenernennungsrecht.³⁾ Dienstherrnenfähigkeit bedeutet das Recht, Beamte zu haben, § 121 BRRG. Dieses Recht steht dem Bund, den Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden sowie bestimmten sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts zu. Dogmatisch bildet die Dienstherrnenfähigkeit einen Teilaspekt der Personalhoheit. Mit der Dienstherrnenfähigkeit korre-

1) BVerfGE 9, 268, 282 f.; Lecheler, S. 97 ff.

2) Bellgardt, S. 59; Schick, DVBl. 1975, 741, 742.

3) Vgl. Jung, S. 148 f.; Schick, DVBl. 1975 741, 742.

spondiert das Beamtenernennungsrecht, das Auskunft darüber gibt, welche Stelle im Staate die Ernennungen durchführt. Es ist z.B. für den Bund gem. Art. 60 GG dem Bundespräsidenten übertragen, kann allerdings auf andere Behörden delegiert werden. Beide hier genannten Begriffe kennzeichnen zwar Rechtspositionen der Verwaltung, räumen dieser jedoch kein Ermessen ein. Indem sie sich - wie die Personalhoheit selbst, der sie zuzuordnen sind - nur mit Fragen der Staatsorganisation, also der innerstaatlichen Kompetenzverteilung befassen, nehmen sie keine Stellung zu den Entscheidungsinhalten.

Eine Ermessensermächtigung liegt auch nicht etwa darin, daß das Leistungsprinzip zugunsten höherwertiger Interessen im Einzelfall, z.B. bei den Schwerbeschädigten, eingeschränkt ist.¹⁾ Hier gewinnen zwar leistungsfremde Kriterien die Oberhand, doch geschieht das nicht nach Belieben der Behörde. Es werden aus der Sicht des Dienstherrn lediglich verschiedene Rechtsbindungen gegeneinander ausgetauscht.²⁾

Ferner kann ein Ermessen auch nicht damit begründet werden, daß es dem Dienstherrn überlassen bleibe, welchen der möglicherweise verschiedenen sachlichen Gesichtspunkten er bei seiner Auswahlentscheidung das größere Gewicht beimesse, solange dadurch nicht der Leistungsgrundsatz infrage gestellt werde³⁾.

1) S.o.S. 61 ff.

2) Vgl. Schick, DVBl. 1975, 741, 743.

3) So aber: BVerwG, Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 26; BVerwG, Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 26; BayVGh, BayVBl. 1981, 47, 48.

Die Gewichtung und Bewertung der einzelnen Leistungsaspekte, die nur dazu dienen kann, letztlich den Besten zu finden, bildet keine Ermessensbestätigung. Es handelt sich ausschließlich um die Vornahme der dem Dienstherrn anheimgegebenen Beurteilung, welche Qualitäten das Amt erfordert, und damit um einen Ausschnitt aus seiner Beurteilungskompetenz. Die Gewichtung der Leistungskriterien kann nur den ebenfalls leistungsmäßigen Zweck anstreben, das Amt optimal zu besetzen; ein Einfallstor für Zweckmäßigkeitserwägungen leistungsfremder Art bietet sich hier nicht.

(cc) Gleichstand mehrerer Bewerber

Vielfach wird ausgeführt, das gefundene Ergebnis, der Ausschluß jeglichen Ermessens, könne nur für den Normalfall gelten. Eine besondere Situation ergebe sich, wenn mehrere Bewerber gleich geeignet seien, aber nicht alle ernannt werden könnten. Die auch in dieser Situation notwendige Auswahl könne sich nicht mehr am Leistungsprinzip orientieren und müsse deshalb auf andere Momente sozialer oder sonstiger Art zurückgreifen. Jedenfalls für diesen Sonderfall lasse Art. 33 Abs. 2 GG dem Dienstherrn einen Ermessensspielraum.¹⁾

1) OVG Rheinland-Pfalz, ZBR 1975, 116, 118; Jung, S. 161; v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 108; Schmidt-Aßmann, NJW 1980, 16, 20.

Als nicht leistungsspezifisches Kriterium wird von den Befürwortern dieser Ansicht oft die Fürsorgepflicht genannt, die den Dienstherrn dazu verpflichtet, sich jedenfalls bei Beförderungen unter Ausschaltung aller sachfremden Einflüsse von Gerechtigkeit und Wohlwollen leiten zu lassen.¹⁾ Bei Beförderungen wird daneben auch an das allgemeine Dienstalter als Auswahlmaßstab gedacht.²⁾ Ansonsten kommen andere Zweckmäßigkeitserwägungen jeder Art in Betracht. So wird es in der Praxis z.T. zugunsten der Bewerber gewertet, wenn sein Ehepartner ohne eigenen Verdienst ist und deshalb eine erhöhte Bedürftigkeit der Gesamtfamilie besteht.

Diese Ansicht verkennt, daß es eine absolute Eignungsgleichheit mehrerer Bewerber gar nicht gibt.³⁾ Die Eignung setzt sich aus einer derartigen Vielzahl einzelner Komponenten fachlicher und persönlicher Natur zusammen, daß sich letztlich immer Unterschiede zwischen den Bewerbern offenbaren. Unter Berücksichtigung aller denkbaren Einzelkriterien und unter Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen läßt sich stets eine genaue Rangfolge unter den Bewerbern ermitteln. Das Problem der sogenannten Eignungsgleichheit erwächst somit nicht aus einer tatsächlichen Gleichheit, sondern ergibt sich aus der Beschränkung der zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen. Manche Informationsgewinnung ist aus

1) OVG Rheinland-Pfalz, ZBR 1975, 116, 118; v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 108; Schütz, § 85 LBG NRW RN 8.

2) BVerwG, Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 15.

3) V. Münch, ZBR 1960, 245, 249 f.; a.A.: Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 653; Bellgardt, S. 58.

persönlichkeitsrechtlichen und datenschutzmäßigen Gründen untersagt; die Verwertung anderer, an sich zulässiger Momente, ist zu aufwendig und auch nicht immer sachgerecht. Insbesondere letzteres gilt beispielsweise in der Massenverwaltung. Hier wäre es in aller Regel nicht zu rechtfertigen, jeden der oft mehreren hundert Bewerber auf alle Eignungskriterien im weitesten Sinn zu überprüfen. Im Prinzip muß es ausreichen, gewisse Grundvoraussetzungen aus dem Gesamtspektrum zu maßgeblichen Kriterien zu erheben, andere Gesichtspunkte außer Betracht zu lassen und so die Auslese zu vereinfachen. Beispielsweise kann es speziell bei Berufsanfängern angemessen sein, in erster Linie auf die Examensergebnisse und die Ausbildungsnoten abzustellen und die Aspekte, die sich auf die ohnehin noch unausgeprägte Persönlichkeit beziehen, zu vernachlässigen.

Je stärker das Eignungsraster vergrößert wird, desto eher besteht die Möglichkeit, daß mehrere Bewerber gleichermaßen geeignet erscheinen, ohne dies jedoch tatsächlich zu sein. Besonders häufig tritt der Fall der Notengleichheit auf.¹⁾

Das Problem der Leistungsgleichheit läuft also auf die Frage hinaus, was zu geschehen hat, wenn die von der Verwaltung herangezogenen Eignungskriterien nicht ausreichen, die einzelnen Bewerber nach ihrer Tauglichkeit zu unterscheiden und den Besten herauszufiltern. Wäre es in dieser Lage dem Dienstherrn gestattet, seine Entscheidung nunmehr nach leistungsfremden Aspekten zu treffen, könne

1) Vgl. Bellgardt, S. 58 m.H.a. entsprechende Entscheidungen.

von Art. 33 Abs. 2 GG als einer Ermessensnorm gesprochen werden. Müßte er sich dagegen auch jetzt noch an das Leistungsprinzip halten, so bliebe es beim Beurteilungsspielraum. Insbesondere in der neueren Literatur wird die Meinung geäußert, daß Art. 33 Abs. 2 GG unter keinen Umständen einen Ermessensspielraum eröffnet. Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß die Schwierigkeit, unter gleichermaßen qualifiziert erscheinenden Bewerbern den besten zu ermitteln, ein ganz normales Erkenntnisproblem bei der Anwendung von Rechtsbegriffen mit Beurteilungsspielraum sei, das es nicht rechtfertige, in diesem Fall nun der Behörde doch wieder Ermessen einzuräumen.¹⁾ An anderer Stelle heißt es, die bei dieser Sachlage zu berücksichtigende Fürsorgepflicht versetze den Dienstherrn in die Lage, im Rahmen der Leistungsbeurteilung einen bestimmten Bewerber auszuwählen, der einzelne Beamte habe solchenfalls lediglich einen Anspruch auf sachgerechte und fehlerfreie Beurteilung und Auswahl unter Beachtung der Fürsorgepflicht.²⁾ Auch hier wird also ein Ermessensspielraum verneint. Schließlich wird geradezu lakonisch gefordert, wenn die üblichen Indizien, wie Laufbahn- und Prüfungsnoten oder die Ergebnisse dienstlicher Beurteilungen zu einer Gleichstellung zweier Bewerber führten, müsse eben eine weitergehende Differenzierung erfolgen. Das Leistungsprinzip dürfe nicht faktisch dadurch beiseitegeschoben werden, daß eine Auswahl nach

1) Battis, JZ 1972, 381, 388.

2) Remmel, S. 106.

Leistungsgesichtspunkten gar nicht erst versucht werde.¹⁾ Einschränkungen erfahre das Leistungsprinzip allenfalls auf Verfassungsebene durch das Sozialstaatsprinzip.²⁾

Diese Stimmen sind insoweit zu begrüßen, wie sie dazu beitragen, die verkrusteten Kompetenzstrukturen der Verwaltung in Form weitgehenden Ermessens aufzuweichen. Sie schießen aber über das Ziel einer praxisorientierten Lösung hinaus. Es ist oft gar nicht machbar, das Leistungsprinzip unter der Anwendung immer weiterer und verfeinerter Auswahlkriterien so lange zu verfolgen, bis einer der Bewerber als der Beste erkannt ist.

Es bleibt keine Seltenheit, daß beispielsweise bei einer Zahl von fünfhundert Bewerbern drei oder vier Stellen zu besetzen sind. Gerade bei Berufsanfängern kommt die Schwierigkeit hinzu, daß außer den Examensergebnissen kaum weitere notenmäßige Beurteilungsgrundlagen vorhanden sind. In solchen Fällen kann eine leistungsspezifische Auswahl der großen Gruppe der nach Noten gleichgeeigneten Kandidaten denkmöglich nur noch in einem Vorstellungsgespräch³⁾ erfolgen. Aber auch dessen Erkenntniswert kann sehr gering sein. Gerade jüngere Berufsanfänger verfügen in aller Regel nicht über eine so ausgeprägte Persönlichkeit, daß daraus Rückschlüsse auf das zukünftige Verhalten an der neuen Arbeitsstelle

1) Bellgardt, S. 58.

2) Bellgardt, S. 61 ff.

3) Allg.: Böhm/Justen, S. 88 ff.

gezogen werden könnten. Hier würde die Chancengleichheit verletzt, wenn den Bewerbern, deren Vorstellungskraft noch nicht auf das kommende Berufsbild bezogen ist, durch eine Ablehnung allein aus diesem Grunde die Möglichkeit genommen würde, sich nach der Einarbeitungszeit auf das Beste zu bewähren. Im übrigen ist nicht vorstellbar, daß, um bei dem obigen Beispiel zu bleiben, fünf-hundert Einstellungsgespräche eine sichere Entscheidung herbeizuführen in der Lage sind. Noch nicht berücksichtigt ist bei diesen Überlegungen der immense Aufwand, der durch eine grenzenlose Anwendung des Leistungsprinzips erforderlich würde. Hier fehlen der Verwaltung sowohl die personellen als auch die finanziellen, überhaupt die organisatorischen Möglichkeiten. Es ist also festzuhalten, daß in bestimmten Situationen das Leistungsprinzip an der Grenze der Praktikabilität anlangt und vor ihr kapituliert. Die zitierten Ansichten machen es sich zu einfach, wenn sie mit rechtlichen Begründungsversuchen über dieses Moment hinweggehen.

Richtig ist allerdings, daß jede Einschränkung des Leistungsprinzips rechtlich abgesichert sein muß, wenn sie Bestand haben soll. So wie die Verankerung des Leistungsprinzips in Art. 33 GG stattfindet, so muß auch seine Grenze sich aus Vorschriften oder Grundsätzen mindestens gleicher Wertigkeit ergeben.

Aus Art. 20 GG leiten sich für das Verwaltungshandeln verschiedene Grundsätze ab, von denen hier in erster Linie die der Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit¹⁾ interessieren. Das

1) Achterberg, VerwR, S. 280.

Gebot der Zweckmäßigkeit ist dabei verwandt mit dem sozialwissenschaftlichen Begriff der Effizienz, die den Wirkungsgrad technisch-rationaler Wirtschaftlichkeit oder Leistungsfähigkeit gemessen an der Zeit-Kosten-Nutzen-Relation bezeichnen.¹⁾ Auch im Bereich der Staatsverwaltung kann von Effizienz gesprochen werden, und zwar im allgemeinen von der sogenannten Handlungseffizienz und für das Gebiet der Leistungsverwaltung von der sogenannten Leistungseffizienz. Beide Begriffe kennzeichnen inhaltlich die örtliche, zeitliche und umfängliche Angemessenheit des Verwaltungshandelns.²⁾ Während die Zweckmäßigkeit sich auf das Handeln der Verwaltung im Verhältnis zum Bürger, also nach außen, bezieht, betrifft die Wirtschaftlichkeit das Handeln gegenüber dem Staat, also im Innenverhältnis. Inhaltlich bedeutet Wirtschaftlichkeit das Streben nach größtmöglichem Nutzen, nach Optimierung der Zweck-Mittel-Relation. Darin zeigt sich auch der wesentliche Unterschied zu dem haushaltsrechtlichen Grundsatz der Sparsamkeit, der nicht auf Steigerung des Nutzens sondern der Billigkeit gerichtet ist.³⁾

Die Forderung nach zweckmäßiger und wirtschaftlicher Aufgabenerledigung in sämtlichen Verwaltungsbereichen setzt voraus, daß nicht einzelne Zweige zu Lasten anderer überbetont werden. Dementsprechend muß sich auch das Leistungsprinzip bei der Beamtenauswahl gewisse

1) Achterberg, VerwR, S. 279.

2) Achterberg, VerwR, S. 282 f.

3) Achterberg, VerwR, S. 283 f.

Einschränkungen gefallen lassen, wenn andernfalls die sonstigen Aufgaben der Verwaltung zu sehr leiden würden. Das wäre jedenfalls dann der Fall, wenn - wie im obigen Beispiel - unter fünfhundert Bewerbern solange gesiebt werden soll, bis die drei am besten geeigneten gefunden sind. Bei den zur Verfügung stehenden Ressourcen ließe sich diese Arbeit ohne eine Personal- und Finanzverschiebung innerhalb der Verwaltung nicht bewältigen. Dadurch würde automatisch die Aufgabenerfüllung in anderen Bereichen erschwert.

Diese Gedanken legen die Forderung nach einer Kompromißlösung nahe. Die der Verwaltung bereitgestellten Mittel sind so einzusetzen, daß alle anfallenden Arbeiten im Rahmen der Möglichkeiten sachgerecht erledigt werden können. Abstriche sind also notwendig, um im Einzelfall übergeordnete Interessen nicht verletzen zu müssen. Dies bedeutet, daß eine endlose Verfolgung des Leistungsprinzips bei der Personalauswahl nicht stattfinden darf, sondern daß dort haltzumachen ist, wo die Grenze der Vernunft erreicht ist.

Daran schließt sich die Frage an, wonach die Auswahl zu treffen ist, wenn nicht nach Leistungserwägungen. Es bieten sich insbesondere soziale Gesichtspunkte der unterschiedlichsten Art an. Jedoch muß die Anwendung leistungsfremder Kriterien sehr vorsichtig vonstatten gehen, um keine Ungerechtigkeiten entstehen zu lassen. Vertretbar erscheint es, diejenigen Bewerber zu bevorzugen, die mehrere Kinder haben oder kranke Angehörige versorgen müssen. Allerdings ist hier darauf zu achten,

daß die sozialen Belastungen nicht ein solches Ausmaß annehmen, daß aus diesem Grunde die Leistungsfähigkeit schon wieder eingeschränkt ist. Demgegenüber ist es unzulässig, Bewerber deshalb abzulehnen, weil deren Ehepartner eigenes Einkommen haben oder die Familie daher nicht so belastet ist, wie eine, in denen beide Eheleute arbeitslos sind. Derartige Kriterien werden aber in zunehmendem Maße verwendet. Dadurch tritt eine Verletzung des Art. 6 GG ein, weil die Tatsache der Eheschließung dem Bewerber zum Verhängnis wird.¹⁾ Im übrigen liegt auch ein Verstoß gegen Art. 12 GG und Art. 2 Abs. 1 GG vor, wenn an den Umstand der Erwerbstätigkeit des einen Ehepartners Nachteile für das Erwerbsleben des anderen geknüpft werden.²⁾

Die Grenze zwischen den erlaubten und den nicht erlaubten sozialen Auswahlkriterien ist fließend. Hier muß von Einzelfall zu Einzelfall überlegt werden, in welchem Ausmaß eine Abweichung vom Leistungsprinzip vertretbar ist. Das letzte Mittel der Auswahl ist das Los. Angebracht erscheint es allenfalls dann, wenn kein anderes leistungsspezifisches oder soziales Moment zur endgültigen Entscheidung tauglich ist. Der Losentscheid ist das den geringsten Aufwand verursachende, aber

1) Zur Berücksichtigungspflicht in bezug auf Art. 6 Abs. 1 GG vgl. BVerfG, ZBR 1977.

2) Vgl. dazu die Problematik zum früher existenten und heute teilweise wieder im Gespräch befindlichen Verbot des Doppelverdienertums. Anzumerken ist, daß neuerdings auch die soziale Rechtfertigung arbeitsrechtlicher Kündigungen aus der Erwerbstätigkeit des Ehepartners des Geändigten hergeleitet wird.

auch das große Ungerechtigkeiten schaffen-
de Mittel.

Als Zwischenergebnis ist danach festzuhalten, daß die Einstellungsbehörden verpflichtet sind, soweit wie möglich dem Leistungsprinzip Geltung zu verschaffen und so wenig wie notwendig Ermessenserwägungen anzustellen. Auf das Ermessen darf nur ausnahmsweise und in den denkbar engsten Grenzen zurückgegriffen werden.

(bb) Der subjektiv-rechtliche Gehalt des
Art. 33 Abs. 2 GG

Nachdem beantwortet ist, nach welchen Maßstäben der Dienstherr seine Ernennungsentscheidungen zu treffen hat, kommt es nun darauf an, die Auswirkungen des Art. 33 Abs. 2 GG auf die Rechtspositionen des Bürgers zu klären. Der Umstand, daß die beamtenrechtlichen Personalentscheidungen in aller Regel der gebundenen Verwaltung und nur ausnahmsweise dem Ermessensbereich zuzuordnen sind, besagt noch nichts darüber, ob der Bürger irgendwelche Ansprüche aus Art. 33 Abs. 2 GG herleiten kann. Dazu ist, wie bereits erläutert, weiter notwendig, daß die Vorschrift zumindest auch dem Schutz der Bewerber zu dienen bestimmt ist und diese nicht nur reflexartig begünstigt. Sollte sich Art. 33 Abs. 2 GG als eine derartige Schutznorm herausstellen, ist ferner der Umfang des Schutzes zu ermitteln. Ein direkter Anspruch auf Ernennung reicht weiter als beispielsweise ein Anspruch auf Neubescheidung. Diese

Fragen sind im Wege der Auslegung zu klären.

Der Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 GG deutet daraufhin, daß der Bürger in seinen Schutzbereich einbezogen ist. Dies ergibt sich in erster Linie aus der Wendung: "Jeder Deutsche hat....gleichen Zugang....", womit offenkundig Ansprüche des Bürgers gemeint sind. Im übrigen ist Art. 33 Abs. 2 GG auch im Zusammenhang mit Abs. 1 zu lesen. Die Zugangsregelung in Abs. 2 kann durchaus als Ausprägung der in Abs. 1 erwähnten staatsbürgerlichen Rechte gewertet werden, vergleichbar insbesondere dem (passiven) Wahlrecht.

Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß in der Geschichte die jeweiligen Zugangsvorschriften keineswegs als Anspruchsnormen des Bürgers verstanden wurden. So wenig Kraft das Leistungsprinzip in der Ernennungspraxis besaß, sich gegen Standesbevorzugungen und sonstige Ämterpatronage durchzusetzen, so wenig Macht wurde dem Bürger zugestanden, hier etwas zu bewirken. Bis vor nicht allzu langer Zeit war es einhellige Meinung, daß die Zugangsregelungen allein dazu bestimmt waren, öffentlichen Interessen zu dienen. Den Bürger traf das Glück der Ernennung wie auch das Unglück der Versagung geradezu schicksalhaft. Ursprünglich hatte der Fürst freie Hand darin, seine Dienerschaft auszusuchen und anzustellen. Die Auswahlkriterien standen in seinem Belieben; Rechenschaft war er niemandem schuldig.

1) Rehm, S. 574 ff.; vgl. auch die Schriften von Veit Ludwig von Säckendorf und Kaspar Klock, zitiert bei Tietgen, Festschrift, S. 325, 340 f.

Bis hinein in das 19. Jahrhundert bröckelte zwar diese Vorstellung von der Eigenmacht der Fürsten ab und wurde ersetzt durch die Lehre, daß nicht der Fürst, sondern der Staat der eigentliche Anstellungspartner sei. Nach außen hin wurde dementsprechend der Begriff des Fürstendieners in den des Staatsdieners umgewandelt. Dennoch wirkte dieses geänderte Vorstellungsbild sich nicht zugunsten des Bürgers aus. Statt des Fürsten war es nun der Staat, quasi vertreten durch die Person des jeweiligen Herrschers, der den Bürger verpflichtete. Die Personalentscheidungen wurden nach wie vor als ein Hoheitsrecht angesehen, das keiner Kontrolle zugänglich war. Wohl gab es inzwischen bereits Rechtsvorschriften, die den Monarchen verpflichteten, bei der Auswahl der Beamten keine leistungsfremden Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Jedoch bestand keine Möglichkeit, den Herrscher auch zur Einhaltung dieser Vorschriften zu zwingen. Es galt auch weiterhin das Prinzip der Unverletzlichkeit der Könige, das deren rechtswidriges Handeln der Verfolgung entzog. Ein Rechtsschutz gegen Personalentscheidungen war undenkbar, so daß die Zugangsregelung noch im 20. Jahrhundert als "lex imperfecta"¹⁾ treffend beschrieben wurde. Es hielt sich die These: "Subjektive Rechte auf Übertragung öffentlicher Ämter kennt das deutsche Staatsrecht nicht."²⁾

1) Meyer/Anschütz, S. 275.

2) Anschütz, WRV Art. 128 Anm. 2.

Nach dem Ende der Monarchie und damit der Unverletzlichkeit des Monarchen wäre an sich die Gelegenheit gewesen, das Recht dem Bürger zu öffnen und ihm eine Kontrollmöglichkeit zu geben. Das geschah jedoch nicht. Vielmehr wurde, insbesondere unter nationalsozialistischer Herrschaft, der Rechtsschutz des Bürgers gegen staatliche Maßnahmen noch restriktiver gefaßt als zuvor. Ein Anspruch auch Ernennung konnte nicht zugelassen werden, da der Staat freie Hand auch in Personalangelegenheiten haben wollte.¹⁾

Noch der parlamentarische Rat hätte fast vor den Traditionen kapituliert und die vom Grundsatzausschuß ausgearbeitete Vorschrift des Art. 33 Abs. 2 GG wieder gestrichen, und zwar gerade mit der Begründung, daß sie ja doch einen Anspruch nicht schaffe. Die Streichung unterblieb dann aber, nachdem der Abgeordnete von Mangoldt in der zweiten Lesung im Hauptausschuß darauf hingewiesen hatte, daß das Recht auf ein öffentliches Amt auch in den Grundrechten der Vereinten Nationen seinen Platz habe.²⁾

Mit der Rettung des Art. 33 Abs. 2 GG änderte sich aber nichts an der allgemeinen Ansicht, daß diese Norm einen Rechtsschutz nicht gewähre. Zur Begründung diente nunmehr die These, die Ernennung sei eine Maßnahme, "die dem Dienstherrn von jeher nicht auch im Interesse des einzelnen Beamten obliegt, son-

1) Heyland, S. 49.

2) Dazu Tietgen, Festschrift, 325, 336 f.

dern ausschließlich zur Sicherung einer den Belangen des öffentlichen Dienstes bestmöglich entsprechenden Besetzung offener Dienstposten vorgenommen wird."¹⁾

Zu dieser Zeit war allerdings bereits erkannt, daß die ungerechtfertigte Ablehnung einer Ernennung von dem Betroffenen nicht unbedingt hingenommen werden mußte. Wenn er schon die Ernennung nicht erzwingen könne, dann habe er aber unter Umständen einen Schadensersatzanspruch aus Amtspflichtverletzung, der sich in Geld ausdrücke.²⁾

Offen blieb dabei der Widerspruch zwischen der Ernennung als eine ausschließlich öffentliche Interessen berührende Maßnahme und der Ernennung als Amtspflicht gegenüber dem abgelehnten Bewerber.³⁾ Daneben wurde versucht, auf dem Weg über einen Folgebeseitigungsanspruch die Verschuldensvoraussetzung zu umgehen und sogar zur Naturalrestitution, d.h., zur Ernennung selbst, zu gelangen.⁴⁾

Eine Wende zeichnete sich ab, nachdem das Bundesverwaltungsgericht im Jahre 1964 entschied, daß Art. 33 Abs. 2 GG zwar in erster Linie öffentliche Interessen schütze, daß aber auch, wenngleich erst in zweiter Linie, die Interessen des Bewerbers an der Beachtung des

1) So noch BVerwGE 15, 3, 6.

2) Vgl. BVerwGE, ZBR 1966, 379 ff.; BVerwG, DVBl. 1968, 641, 642 f.; Hessischer VGH, ZBR 1969, 174, 175 f.

3) Darauf weist zu Recht hin: Solte, NJW 1980, 1027, 1029.

4) Statt aller: BVerwGE 15, 3, 5 ff.

Leistungsprinzips zu berücksichtigen seien.¹⁾

Der Ansicht, daß Art. 33 Abs. 2 GG auch den Bürger begünstige, haben sich inzwischen die anderen Gerichte und wesentliche Teile der Literatur angeschlossen, teils mit geringen Abweichungen untereinander. Es gibt aber nach wie vor Stimmen, die aus Art. 33 Abs. 2 GG lediglich ein bloßes Recht auf Bewerbung ableiten, und es bestehen darüber hinaus bedeutende Unterschiede in den Meinungen zum Umfang des Rechtsschutzes überhaupt.

Da nach allem die geschichtlichen Betrachtung also eine endgültige Klärung nicht zu bringen vermag, ist im Wege der teleologischen Auslegung der Umfang des aus Art. 33 Abs. 2 GG fließenden Privatschutzes zu untersuchen. Die Ausgangsfrage lautet, welche Interessen der Bürger im einzelnen nach heutigem Verständnis derart durch die Zugangsnorm geschützt sind, daß sie klageweise geltendgemacht werden können. Dabei ist wiederum zwischen den Stadien der Stellenplanung und der Stellenvergabe zu unterscheiden.

(1) Stellenplanung

Im Bereich der Stellenplanung besteht, wie dargelegt²⁾, ein (verwaltungspolitischer) Er-

1) BVerwGE 19, 252, 255.

2) S. o. S. 84 f.

messensspielraum der Behörde, der auf die Organisationsgewalt zurückgeht. Ansprüche des Bürgers in diesem Zusammenhang existieren nicht. Zum einen wird die Stellenplanung nicht vom Geltungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG erfaßt¹⁾, so daß es hier auf die Schutzrichtung dieser Norm nicht ankommt. Zum anderen ist auch sonst ein Anspruch der Bürger etwa auf Schaffung neuer Planstellen oder auf sofortige Neuvergabe vorhandener Ämter abzulehnen. Dies ergibt sich schon aus dem Fehlen eines Gesetzesvollziehungsanspruches. Besonderheiten sind allerdings im Bereich der Berufsausbildung zu beachten²⁾, die hier jedoch keine Rolle spielt.

Damit ist eine abschließende Stellungnahme zur Klagebefugnis hinsichtlich des Stellenplanungsverfahrens möglich: Es besteht keine Verpflichtung des Staates, in diesem Rahmen Interessen einzelner Bürger zu berücksichtigen. Begünstigungen, die tatsächlich stattfinden, treffen den Bürger nicht gezielt, sondern reflexartig. Benachteiligungen stellen keine Rechtsverletzung dar. Eine Klagebefugnis für eine Klage, gerichtet auf die Vornahme von Maßnahmen im Bereich der Stellenplanung, besteht nicht. Eine dennoch erhobene Klage wäre folglich als unzulässig abzuweisen.

1) S.o.S. 85 ff.

2) So besteht z.B. ein Ernennungsanspruch bei der Aufnahme in einen Vorbereitungsdienst, der zugleich rechtliche oder tatsächliche Voraussetzung für andere, außerhalb des öffentlichen Dienstes liegende Berufe ist: BVerwGE 6, 13, 14 ff.; BVerwGE 16, 241, 242 ff.

(2) Stellenvergabe

Eine andere Ausgangsposition bietet sich im Rahmen der Stellenvergabe, die in der Regel der gebundenen Verwaltung, nur ausnahmsweise der Ermessensverwaltung zuzurechnen ist. Hier besteht unter der Geltung des Art. 33 Abs. 2 GG schon eher die Möglichkeit, Ernennungsansprüche oder sonstige Rechtspositionen der Bürger an der Entscheidung des Dienstherrn als gegeben zu erachten. Im folgenden sollen verschiedenartige Ansprüche daraufhin untersucht werden, ob sie aus der Verfassung abgeleitet werden können.

(a) Allgemeiner Ernennungsanspruch

In der Literatur¹⁾ wie auch in einzelnen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte²⁾ findet sich häufig die Bemerkung, Art. 33 Abs. 2 GG gebe keinen allgemeinen Anspruch auf Ernennung. Es hat den Eindruck, als ob dieser Satz nur deshalb immer wieder auftaucht, weil er die einzige unbestrittene Aussage im Rahmen der Zugangsproblematik enthält und damit ein unerschütterliches Fundament für die darauf zu bauende eigene Ansicht bildet. Dieser

1) Isensee, Festgabe, 337, 343; Matthey in v. Münch, Art. 33 RN 25; v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 27; v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 107; Schack, ZBR 1961, 225; Schick, DVBl. 1975, 741, 745; Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 649; Solte, NJW 1980, 1027, 1030.

2) BayVGh, BayVBl. 1981, 47, 48.

Satz gilt als Argumentationshilfe sowohl zur Ablehnung jeden Anspruchs als auch zur Anerkennung eines Ernennungsanspruchs im - gerade nicht allgemeinen - Einzelfall.¹⁾ Dabei ist seine Aussagekraft gleich Null. Allgemeine Ansprüche in dem Sinne, daß jeder auf etwas einen unbeschränkten Anspruch hätte, gibt es nirgends. Stets hat der eine Leistung, einen Vorteil begehrende Anspruchsteller irgendwelche, und seien es noch so geringe, Voraussetzungen zu erfüllen. Für Art. 33 Abs. 2 GG gilt das schon insoweit, als nur Deutsche für die Ämtervergabe in Betracht kommen; darüber hinaus müssen sie in gewisser Weise auch noch geeignet sein. Schon allein deshalb ist die Ablehnung eines allgemeinen Ernennungsanspruches selbstverständlich.

Denkbar wäre allerdings auch, unter einem derartigen Anspruch einen "beschränkt allgemeinen Anspruch" des Inhalts zu verstehen, daß jeder hinreichend qualifizierte Deutsche seine Ernennung verlangen könne.²⁾ Die Verneinung eines solchermaßen aufzufassenden Anspruchs erklärt sich zwangsläufig aus der hier vertretenen Zweiteilung des Ernennungsverfahrens in die Stellenplanung und die Stellenvergabe. Ein Anspruch jedes Deutschen, der eine gewisse Mindestqualifikation besitzt, auf Ernennung würde einen Anspruch auf zusätzliche Schaffung von Ämtern beinhalten müssen, da die vorhandenen Stellen nicht ausreichen würden. Die Einrichtung von Ämtern

1) Z.B. Schick, DVBl. 1975, 741, 745 f.; Solte, NJW 1980, 1027, 1030.

2) Vgl. Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 643.

liegt aber als Stellenplanungsmaßnahme im Ermessen der Verwaltung und ist jedem Rechtsschutz des Bürgers entzogen.¹⁾

Die zur Verfügung stehenden Stellen sind nach dem Befehl des Art. 33 Abs. 2 GG nicht an irgendwelche Bewerber mit Mindestqualifikationen zu vergeben, sondern an die Besten. Daraus erklärt sich, daß allenfalls die Besten einen Ernennungsanspruch besitzen können, ein darüberhinausgehender allgemeiner Anspruch - mit welchem Inhalt auch immer - kann nicht existieren. Grundsätzlich ist daher jeder einzelne Fall einer gesonderten Überprüfung zu unterziehen; jedoch können basierend auf den vorhergehenden Erörterungen zwei Fallgruppen unterschieden werden, und zwar danach, ob der Dienstherr bei seiner Beurteilung einen Gleichstand mehrerer Bewerber angenommen oder verneint hat.

(b) Situation 1: Der Dienstherr nimmt einen Gleichstand mehrerer Bewerber nicht an

In diesem Fall ist die Ernennungsentscheidung der gebundenen Verwaltung zuzurechnen, wobei allerdings hinsichtlich der Eignungsvoraussetzung eine Beurteilungsermächtigung besteht. Daraus resultiert ein Rechtsanspruch des zu Unrecht zurückgesetzten Bewerbers auf Neubescheidung unter nunmehriger Einhaltung des durch die Beurteilungsermächtigung gezo-

1) S. o. S. 84 f.; im Ergebnis ebenso z.B.: Remmel, S. 95 ff.; Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 649 f.

genen Rahmens. Denkbar ist auch ein direkter Anspruch auf Ernennung, wie sich aus nachstehenden Überlegungen ergibt.

(aa) Anspruchsqualität des Art. 33 Abs. 2 GG

Zunächst ist generell festzuhalten, daß Art. 33 Abs. 2 GG dem Bürger subjektive Rechtspositionen einräumt. Diese Vorschrift schützt nicht nur öffentliche Interessen, sondern auch die Individualinteressen der Bewerber¹⁾, die über ein bloßes Recht zur Bewerbung hinausgehen. Dafür spricht die Überlegung, daß ein derartiges Bewerbungsrecht bereits aus Art. 17 GG fließt, der es dem Bürger gestattet, sich mit Eingaben an den Staat zu wenden, und darüberhinaus zur Bescheidung verpflichtet. Einer zusätzlichen Verankerung dieses Rechts in Art. 33 Abs. 2 GG hätte es somit nicht bedurft.²⁾ Allerdings ist nicht zu verkennen, daß dieses Argument angesichts der geschilderten Entstehungsgeschichte des Art. 33 Abs. 2 GG nur geringes Gewicht besitzt und allein nicht geeignet wäre, die Rechtsqualität der Zugangsnorm zu begründen.

1) BVerwGE 19, 252, 255; BVerwG, VerwRspr. 19, Nr. 205; BVerwG, Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 30; BayVGh, VGh n. F. 10, 110; OVG Münster, DÖD, 1974, 221 ff.; v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 27; Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 652; Solte, ZBR 1972, 109, 110; Tietgen, Festschrift, 337, 351.

2) VGh Mannheim, DVBl. 1968, 255, 256 f.

Entscheidend ist vielmehr die Verknüpfung des Art. 33 Abs. 2 GG mit den Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG sowie Art. 12 Abs. 1 GG. Gemessen an seiner Stellung im Grundgesetz kann Art. 33 Abs. 2 GG nicht ohne weiteres zu den Grundrechten gezählt werden. Aber schon die enge Beziehung zunächst zu dem Grundrecht aus Art. 3 GG macht deutlich, daß es sich auch bei Art. 33 Abs 2 GG um eine Vorschrift mit Grundrechtsqualität handelt. Ebenso wie Art. 3 GG enthält Art. 33 Abs. 2 GG ein Gleichheitsgebot, das sich an die Verwaltung richtet. Dies kommt schon im Wortlaut durch die Verwendung des Begriffs "gleicher Zugang" zum Ausdruck. Dieses Gleichbehandlungsgebot entspricht in seiner verfassungsrechtlichen Wertigkeit dem des Art. 3 GG und besteht nach seinem Sinn und Zweck ebenfalls zum subjektiven Schutz der Bürger vor willkürlicher Benachteiligung. Unterschiede in sachlicher Hinsicht ergeben sich lediglich daraus, daß der Anwendungsbereich des Art. 3 GG wesentlich weiter ist.

Folgerichtig wird vielfach die Ansicht vertreten, Art. 33 Abs. 2 GG sei die spezielle Anwendung des aus Art. 3 GG fließenden Gleichheitssatzes auf die Besetzung öffentlicher Ämter.¹⁾ Während Art. 3 Abs. 1 GG das allgemeine Postulat der Gleichheit aller vor dem

1) So z.B.: Ule, Öffentlicher Dienst, S. 584. der allerdings von einem Gleichheits"grund"-satz spricht; diese Formelierung ist jedoch verfehlt, da Art. 3 GG keine Ausnahmen zuläßt. Vgl. weiter: VGH Mannheim, DVBl. 1968, 255, 256; Schick, DVBl. 1975, 741, 744; Tietgen, Festschrift, 325, 330.

Gesetz enthält und Art. 3 Abs. 3 GG hierzu einen allgemein gültigen Negativkatalog aufstellt, schafft Art. 33 Abs. 2 GG eine Sonderregelung für das Auswahlverfahren im Bereich des öffentlichen Dienstes. Von seiner Grundrechtsqualität her hätte Art. 33 Abs. 2 GG auch in den Katalog der Grundrechte am Anfang des Grundgesetzes aufgenommen werden können, allein die Sachnähe zur Gesamtregelung des öffentlichen Dienstes ist für seine jetzige Position verantwortlich.

Dies zugrundegelegt, vermittelt Art. 33 Abs. 2 GG allen Bewerbern ein Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte¹⁾, also ein Recht auf Chancengleichheit in bezug auf die Bewerbung.²⁾ Chancengleichheit in diesem Zusammenhang bedeutet zweierlei: Auf der einen Seite ergibt sich daraus die Verpflichtung der Behörde, sich im Auswahlverfahren ausschließlich von dem einzig zugelassenen Kriterium der Eignung leiten zu lassen und nicht bei verschiedenen Bewerbern verschiedene Maßstäbe anzulegen. Auf der anderen Seite hat der Bewerber aus Art. 33 Abs. 2 GG ein subjektives Recht darauf, daß die Behörde ihr Handeln an der Vorschrift des Art. 33 Abs. 2 GG ausrichtet. Dem Gleichbehandlungsgebot für die Verwaltung korrespondiert ein Gleichbehandlungsrecht des Bewerbers.

1) OVG Rheinland-Pfalz, ZBR 1975, 117 f.; Bayer. VG München, ZBR 1977, 69; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 585.

2) Isensee, Festgabe, 337, 339 f., sieht es als eine verfassungsrechtliche Ironie, daß alle gerufen, aber nur wenige auserwählt sind; s. auch: VG Hannover, DVBl. 1977, 584, 585; Ipsen, Gleichheit, S. 193.

Die Grundrechtsqualität des Art. 33 Abs. 2 GG wird unterstrichen durch seine Verwandtschaft mit Art. 12 GG. Das Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern ist nicht nur der spezielle Gleichheitssatz des öffentlichen Dienstes, es verbürgt auch das Grundrecht der Berufsfreiheit. In dieser Hinsicht ist Art. 33 Abs. 2 GG auch *lex specialis* gegenüber Art. 12 GG.¹⁾ Zwar umfaßt der Begriff "Beruf" in Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich auch Berufe, die Tätigkeiten zum Inhalt haben, welche dem Staat vorbehalten sind. Doch gibt und ermöglicht für Berufe, die den öffentlichen Dienst bilden, Art. 33 Abs. 2 GG in weitem Umfang Sonderregeln.²⁾ Sie ergeben sich aus der Natur der Sache, insbesondere den Erfordernissen und Möglichkeiten der Stellenplanung.³⁾ Das hiernach mögliche Maß an Freiheit der Berufswahl für den einzelnen wird durch den gleichen Zugang aller zu allen öffentlichen Ämtern bei gleicher Eignung gewährleistet.

Statt von einer Spezialvorschrift für den öffentlichen Dienst wird auch davon gesprochen, Art. 33 Abs. 2 GG ersetze Art. 12 GG, indem er die Freiheit der Berufswahl im Rahmen des durch die Stellenplanung festgesetzten Kontingents garantiere.⁴⁾ An anderer Stelle heißt

1) BVerfGE 17, 371, 377; Menger, VerwArch. 73 (1982), 86, 91 ff.; Schick, DVBl. 1975, 741, 744 ff.; Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 645 ff.

2) BVerfGE 17, 371, 377 f.; vgl. Klein in Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 33 RN 4.

3) Schick, DVBl. 1975, 741, 744.

4) Isensee, Festgabe, 337, 348.

es, der Gleichheitsmaßstab des Art. 33 Abs. 2 GG ergänze den Schutzbereich der Berufsfreiheit um die "Dimension des status positivus."¹⁾

So verschiedenartig die Formulierung zu dem Verhältnis von Art. 33 Abs. 2 GG zu Art. 12 GG auch lautet, allenthalben wird Art. 33 Abs. 2 GG derselbe Schutzzweck zugesprochen wie Art. 12 GG, nämlich dem Bürger ein subjektives Recht zum Schutz seiner beruflichen Interessen einzuräumen.

Neben Art. 3 GG und Art. 12 GG sind es eigentlich alle anderen Gleichheits- und Freiheitsgrundrechte auch, die allein durch ihre Existenz die Grundrechtsqualität des Art. 33 Abs. 2 GG unterstreichen.²⁾ Wenn sie dem Bürger Gleichheits- und Freiheitsrechte - beispielsweise auch in bezug auf Glaubens- und Weltanschauungsfragen- gewähren, übernimmt Art. 33 Abs. 2 GG diesen Schutz auch für die Zugangsregelung des öffentlichen Dienstes.

Im Grunde stellt Art. 33 Abs. 2 GG daher nicht mehr aber auch nicht weniger dar als eine Spezialausprägung aller Freiheits- und Gleichheitsrechte für den öffentlichen Dienst³⁾ und versteht sich daher gleichfalls als ein Grundrecht.

1) Isensee, Festgabe, 337, 350.

2) Vgl. auch Isensee, Festgabe, 337, 350 f.

3) Diesen Zusammenhang erkennt Isensee, Festgabe, 337, 350 f., wenn er Art. 33 Abs. 2 GG neben die übrigen Grundrechte stellt.

Zur Begründung des Ergebnisses, daß Art. 33 Abs. 2 GG auch die Individualinteressen der Bewerber schützt, wird zusätzlich auf das Institut der Personalvertretung verwiesen. Wenn § 70 PVG dem Personalrat die Befugnis beilege, Einwendungen gegen eine Einstellung oder Beförderung zu erheben, sofern der begründete Verdacht bestehe, daß andere Bewerber wegen ihrer Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft oder politischen Einstellung benachteiligt oder mit Rücksicht auf persönliche Beziehungen bevorzugt werden sollten, so zeige schon die wortgetreue Anlehnung an die Vorschriften über den freien Zugang zu den öffentlichen Ämtern, daß nicht mehr davon gesprochen werden könne, das Gebot einer sachlichen Personalauslese diene ausschließlich dem öffentlichen Interesse. Der Personalrat wahre die Interessen der Beamtenschaft, nicht des Dienstherrn. Dessen Belange wahrzunehmen sei uneingeschränkt Sache der Amtsträger und Beamten, die über den Beförderungsvorgang zu befinden hätten.¹⁾

Dieser Begründung ist jedoch entgegenzuhalten, daß sie auf einem Zirkelschluß beruht, soweit auf die wortgetreue Anlehnung des PVG an die Zugangsvorschriften Bezug genommen ist, dessen Charakter ja gerade erst geklärt werden soll. Außerdem besäßen einfachgesetzliche Normen wie die des PVG nicht die Kraft, Verfassungsvorschriften in ihrem Gehalt zu beeinflussen. Auch das PVG fände ungeachtet seines Wortlauts seine Grenze an Art. 33 Abs. 2 GG.

1) Tietgen, Festschrift, 337, 351 f.

Schließlich besagt auch die Einrichtung von Personalräten als Interessenvertretungen der Beamten nichts zu der Frage, ob der einzelne Beamte subjektive Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG herleiten kann.

Die Heranziehung des PVG ist aber auch nicht notwendig, da, wie ausgeführt, die Antwort sich aus der engen Beziehung des Art. 33 Abs. 2 GG zu den Grundrechten ergibt. Art. 33 Abs. 2 GG verkörpert selbst ein Grundrecht, aus dem der einzelne Bürger Ansprüche gegen den Staat herleiten kann.

(bb) Anspruchsinhalte

Aus der Feststellung, daß Art. 33 Abs. 2 GG ein Grundrecht beinhaltet, können verschiedene Folgerungen gezogen werden. Die wohl überwiegende Ansicht formuliert die Rechtsposition des Bürgers als ein Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessensspielraums, das sich u.U. zu einem Recht auf Ernennung verdichten kann.¹⁾ Da jedoch nach hier vertretener Meinung, vom Ausnahmefall des Gleichstandes mehrerer Bewerber abgesehen, ein Ermessensspielraum nicht besteht, kann dem nicht gefolgt werden. Stattdessen sind dem Art. 33 Abs. 2 GG die folgenden Anspruchsinhalte zu entnehmen:

Zunächst hat jeder Bewerber das Recht, mit den

1) VGH Mannheim, DVBl. 1968, 255, 256; VG Hannover, DVBl. 1977, 584, 585; v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 27; Solte, ZBR 1972, 109, 110.

gleichen Maßstäben gemessen zu werden wie seine Mitbewerber auch. Beispielsweise darf eine geringere Verwaltungspraxis dem einen nicht zum Nachteil gereichen, wenn dieser Gesichtspunkt bei den anderen keine Rolle gespielt hat. Dieses Recht leitet sich in erster Linie aus der Verwandtschaft des Art. 33 Abs. 2 GG mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG ab. Allerdings ist die Chancengleichheit hier nicht als Willkürverbot bei der Ermessensausübung zu verstehen, sondern wirkt sich ausschließlich im Bereich der Beurteilung auf der Tatbestandsseite des Art. 33 Abs. 2 GG aus. Genauer ist daher zu formulieren, daß der einzelne ein Recht auf die Anwendung gleicher und gleich gewichteter Beurteilungskriterien besitzt.

Daneben besteht ein Anspruch darauf, daß die verwendeten Auswahlmomente dem Leistungsprinzip entnommen sind. Das Gebot der Chancengleichheit allein erfaßt nicht den Fall, daß alle Bewerber gleichermaßen nach leistungsfremden Kriterien beurteilt werden. Hier kann jeder Bewerber für sich verlangen, daß seine Beurteilung ausschließlich nach den von Art. 33 Abs. 2 GG zugelassenen Gesichtspunkten erfolgt.

Darüberhinaus hat derjenige Bewerber, der unter Beachtung der Regeln des Art. 33 Abs. 2 GG am besten beurteilt wurde, einen Anspruch auf die Ernennung selbst. Den Ernennungsanspruch kann jeder Bewerber mit der Behauptung geltend machen, er sei als Bester aus dem Bewerbungsverfahren hervorgegangen oder er hätte als Bester anerkannt werden müssen. Im ersten

Fall prüft das Gericht nur die Beurteilungsergebnisse. Stellt sich dabei heraus, daß der Kläger tatsächlich als Bester abgeschnitten hat, wird die Behörde zur Ernennung verurteilt. Das gilt selbstverständlich nur unter der Voraussetzung, daß die Verwaltung sich im Rahmen des Stellenplanungsverfahrens entschlossen hatte, dieses Amt nun auch tatsächlich zu vergeben.

Im zweiten Fall hat das Gericht sich über die Ergebnisse hinaus auch noch inzidenter mit der Ordnungsmäßigkeit des Beurteilungsverfahrens zu beschäftigen. Gelangt es zu der Erkenntnis, daß die Beurteilung des Klägers unter Verstoß gegen die Regeln der Beurteilungsermächtigung zustandegekommen ist, bestehen- ähnlich wie bei der Ermessensentscheidung- zwei Möglichkeiten: Entweder wird die Behörde verpflichtet, den Kläger neu zu beurteilen und im Anschluß daran neu zu bescheiden, oder aber es gibt bei rechtmäßiger Ausübung der Beurteilungsermächtigung erkennbar nur eine richtige Beurteilung, nämlich die Anerkennung des Klägers als des Besten. Dann kann das Gericht von sich aus, ohne daß eine erneute Beurteilung seitens der Behörde notwendig wäre, den Kläger als Besten anerkennen und die Behörde zu seiner Ernennung verpflichten (Konkretisierung der Beurteilungsermächtigung auf die einzige richtige Beurteilung).

(c) Situation 2: Der Dienstherr nimmt einen
Gleichstand von mehreren Bewerbern an

Der diese Fallgruppe kennzeichnende zusätzliche Ermessensrahmen läßt die Grundrechtsqualität des Art. 33 Abs. 2 GG unberührt. Lediglich die Anspruchsinhalte erfahren eine Modifikation, wobei drei Fälle zu unterscheiden sind:

Ähnlich wie bei der Verneinung des Gleichstandes kann jeder Bewerber verlangen, zunächst nur nach Leistungsgesichtspunkten beurteilt zu werden. Darüber hinaus hat er einen Anspruch darauf, daß tatsächlich das Leistungsprinzip solange als Auswahlkriterium verwendet und verfeinert wird, wie dies im Hinblick auf die zu besetzende Stelle vertretbar ist. Damit wird verhindert, daß die Behörde vorschnell das eigentliche Feld des Art. 33 Abs. 2 GG verläßt und sich der Einfachheit halber dem Ermessen zuwendet.

Die Behörde hat den Kläger möglicherweise in die Gruppe der Gleichgeeigneten eingereiht, ihn jedoch aus Ermessensgründen nicht ernannt. Wenn der Kläger in diesem Falle meint, bei ordnungsgemäßer Beurteilung als einziger Bester aus dem Ernennungsverfahren hätte hervorgegangen sein zu müssen, kann er einen Anspruch auf chancengleiche Neubeurteilung erheben. Sollte sich die Richtigkeit seines Vorbringens bereits im Prozeß erweisen, ohne daß dazu eine erneute Beurteilung seitens der Behörde notwendig wäre, kann das Gericht die Behörde auch direkt zur Ernennung verpflichten

(Konkretisierung der Beurteilungsermächtigung auf eine richtige Beurteilung). Ist der Kläger hingegen der Ansicht, die Leistungsbeurteilung sei in Ordnung, jedoch sei das Ermessen fehlerhaft ausgeübt worden, so ist ihm gestattet, einen Anspruch auf Neubescheidung (neue Ermessensentscheidung) gerichtlich geltendzumachen. Hier wiederum kommt eine Ermessensreduzierung auf eine richtige Entscheidung mit der Folge eines direkten Ernennungsanspruches in Betracht, wenn das Gericht nur die Ernennung des Klägers als richtige Maßnahme anerkennt.

Als weiterer Fall ist denkbar, daß der Dienstherr den Kläger schlechter beurteilt hat als die gleichgeeigneten Mitglieder der Leistungsspitze und ihn deshalb gar nicht in die Ermessensentscheidung einbezogen hat. Hier besteht zunächst ein Anspruch auf Neubeurteilung mit dem Ziel, daß der Kläger in die Gruppe der Gleichgeeigneten aufzunehmen ist. Dieser Anspruch kann auch für den Erfolgsfall mit dem Verlangen nach einer Ermessensneubescheidung verknüpft werden. Selbstverständlich kann der Neubeurteilungsanspruch auch mit dem Ziel geltendgemacht werden, daß der Kläger nunmehr als Bester feststeht und aus diesem Grunde nicht mehr in das Ermessen einbezogen zu werden braucht. Generell ist auch hier die Möglichkeit einer Reduzierung der Beurteilungsermächtigung oder einer Ermessenschrumpfung zu berücksichtigen.

(d) Beschränkung der Klageberechtigten auf
Bewerber

Nicht jeder beliebige Bürger kann die vorbezeichneten Ansprüche geltendmachen. Die der Ausschaltung von Popularklagen dienende Voraussetzung der Klagebefugnis verlangt eine mögliche Rechtsbetroffenheit des jeweiligen Klägers. Dazu wird die Ansicht vertreten, daß erst eine konkretisierte Wettbewerbssituation, bei der der Staat als "Anbieter" einer bestimmten Stelle oder einer bestimmten Art von Stellen auftritt, denen "Nachfrager" in der Form von Bewerbern gegenüber stünden, die Verdichtung der Beziehung der Beteiligten untereinander in rechtlich relevanter Weise mit sich bringe.¹⁾ Teilweise wird in personeller Hinsicht unterscheiden zwischen sogenannten Bewerbern, denen eine Klagebefugnis zustehen könne, und sonstigen Personen, die von vorneherein nicht klagebefugt seien; die Bewerbersituation könne dabei auf verschiedene Weise zustandekommen; so gebe es die einfache Bewerbung eines interessierten Staatsbürgers auf Übernahme in das Beamtenverhältnis generell oder auf ein bestimmtes Amt bezogen; die Bewerbung auf eine Ausschreibung hin knüpfe daran an, daß regelmäßig der Stellenbesetzung ein Ausschreibungsverfahren vorausgehen solle; schließlich sei die vermutete Bewerbung insbesondere bei den Beförderungen zu berücksichtigen.²⁾

1) Schick, DVBl. 1975, 741, 743 f.

2) Dazu Schick, DVBl. 1975, 741, 743 f.;
vgl. auch BGH, NJW 1977, 1962; Finkelnburg, DVBl. 1980, 809, 811.

Wenn auch vielleicht die Differenzierung zwischen den einzelnen Bewerberarten überflüssig ist, so steht nach den obigen Ausführungen doch fest, daß nicht jeder volljährige Bürger klagebefugt sein kann. Das Klagerecht erstreckt sich nur auf diejenigen unter ihnen, die in einer konkreten Wettbewerbssituation um ein bestimmtes Amt stehen. Dazu zählen alle, die bei der Vergabe in die Entscheidungsfindung einzubeziehen sind, entweder weil sie als Außenstehende an die Verwaltung herangetreten sind (beispielsweise durch Bewerbung), oder weil sie als Beamte per se für eine Beförderung in Betracht kommen. Die Verpflichtung der Ernennungsbehörde zur Einbeziehung bestimmter Personen in das Auswahlverfahren schafft auf der anderen Seite das Recht, bei fehlerhafter Gestaltung des Auswahlverfahrens Rechtsmittel zu ergreifen. Der Eintritt in das Auswahlverfahren bringt eine rechtliche Beziehung zur Ernennungsbehörde, die eine Klage wegen Verfahrensfehlern von einer Popularklage abhebt.

(e) Ansprüche aus Zusicherungen

Im Rahmen der Stellenvergabe treten in der Praxis immer Situationen auf, in denen die Verwaltung einem der Bewerber ursprünglich zugesichert hat, ihn zu ernennen, während sie im Laufe des Verfahrens zu der Erkenntnis gelangt, daß doch besser ein anderer ernannt werden sollte. Hier stellt sich die Frage, ob die Verwaltung an die ursprünglich erteilte Zusicherung gebunden ist, d.h. ob sich ihre Beurteilungsermächtigung bzw. ihr Er-

messensspielraum so sehr verengt hat, daß nunmehr nur noch die Ernennung des Zusicherungsinhabers als einzige rechtmäßige Entscheidung in Betracht kommt. Insoweit sind die Zulässigkeit und die Widerrufbarkeit von beamtenrechtlichen Zusicherungen einer näheren Betrachtung zu unterziehen.¹⁾

Die Beamtengesetze enthalten keine umfassenden Regelungen über die Zulässigkeit von Zusicherungen. Lediglich in § 183 Abs. 1 BBG und § 50 Abs. 2 BRRG ist bestimmt, daß Zusicherungen, Vereinbarungen und Vergleiche, die dem Beamten eine höhere als nach dem Besoldungsgesetz zulässige Besoldung oder eine über diese Gesetze hinausgehende Versorgung verschaffen sollen, unwirksam sind. Das Fehlen einer Bestimmung im Hinblick auf die sonstigen Zusicherungen führt nicht per se zu deren Unzulässigkeit. Als begünstigende Verwaltungsakte bedürfen Zusicherungen nicht einer gesetzlichen Grundlage.²⁾ Dementsprechend ist die Frage nach der Zuverlässigkeit von Zusicherungen speziell bezogen auf Ernennungen im Wege der Auslegung zu beantworten.

Ursprünglich hielten die Gerichte Zusicherungen und Vergleiche dienstrechtlicher Art, auch auf die Übertragung eines Amtes und z.B. auf eine Wiedereinstellung, für gültig und wirksam.³⁾ Später änderte das Reichsgericht seine Meinung dahingehend, daß nun die durch Zu-

1) Vgl. Vallendar, DÖD 1973, 4, 5.

2) Schack, ZBR 1961, 225, 228.

3) RGZ, 53, 423; allg.: Grellert, S. 41 ff., 95 ff.; Heyland, S. 59 ff.

sicherungen eintretende Selbstbindung der Verwaltung als mit der Personal- bzw. Ämterhoheit unvereinbar angesehen wurde.¹⁾

Dieser Sinneswandel vermochte sich allerdings weder in der Praxis noch in der Literatur durchzusetzen. Heute ist es ganz allgemeine Ansicht, daß beamtenrechtliche Zusicherungen grundsätzlich zulässig sind.²⁾

Die dogmatische Begründung kann zunächst einem Umkehrschluß aus § 183 BBG, § 50 BRRG entnommen werden, wo nur bestimmte Zusicherungen für verboten erklärt werden. Darüberhinaus ist kein Grund ersichtlich, der andere Zusicherungen in die Unzulässigkeit einbezüge. Insbesondere die Ämter- oder die Personalhoheit spielt hier eine Rolle. Die Macht, Ernennungen eigenverantwortlich vorzunehmen, beinhaltet das Recht, sich dabei durch Zusicherungen zu binden.

Die Wirksamkeit von Zusicherungen richtet sich nunmehr nach § 38 VwVfG, der einige bis dahin streitige Fragen regelt und neuerdings generell die Schriftform³⁾ vorschreibt. Rechts-

1) RGZ, 159, 247, 250, 251.

2) BVerwGE 15, 3, 7; BVerwGE 26, 31, 34 ff.; BVerwGE 53, 23, 26; BVerwG, ZBR 1956, 185; BVerwG, ZBR 1966, 877; BVerwG, ZBR 1969, 349; BVerwG, DVBl. 1967, 420, 421; BVerwG, Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 8; BayVGh, ZBR 1977, 69; BayVGh, VGh n.F. 10, 110, 113 f.; Finkelnburg, DVBl. 1980, 809, 810; Matthey in v. Münch, Art. 33 RN 25; Maunz in MDHS, Art. 33 RN 18; v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 28; Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 648; Solte, ZBR 1972, 109, 111.

3) Vgl. noch zum alten Recht: BVerwGE 26, 32, 34 ff.

verbindlich ist eine Zusicherung über § 38 VwVfG hinaus aber nur, wenn ihr keine zwingenden Gesetzesvorschriften entgegenstehen. Im Beamtenrecht gilt als weitere Voraussetzung, daß die Zusicherung nicht mit den wesentlichen Zügen des Beamtentums unvereinbar ist.¹⁾

Keine Bedenken bestehen an der Wirksamkeit solcher Zusicherungen, die sich auf den Zeitpunkt der Ernennung oder auf verwaltungsinterne organisatorische Maßnahmen beziehen.²⁾ Soweit nämlich die Stellenplanung betroffen ist, hat der Dienstherr es in der Hand, sein in diesem Bereich bestehendes Ermessen selbst zu beschränken. Konnte er beispielsweise ursprünglich den Zeitpunkt einer Ernennung frei bestimmen, ist er durch die an den ausgewählten Bewerber erteilte Zusicherung, ihn zu einem bestimmten Datum zu ernennen, an diese zeitliche Fixierung gebunden. Ein Widerruf ist nur nach den allgemeinen, engen Regeln möglich (§ 38 Satz 2 VwVfG i.V.m. § 49 VwVfG).

Grundlegend anders beurteilt sich die Rechtslage, wenn die Zusicherung sich auf eine Maßnahme im Zusammenhang mit der Stellenvergabe bezieht.³⁾ Da in diesem Bereich kein Ermessen sondern nur ein Beurteilungsspielraum besteht, ist hier auch keine Ermessensbindung möglich. Eine direkte Übertragung der für die Ermessensreduzierung geltenden Überlegungen auf die Beurteilungsermächtigung ist nicht ohne weiteres möglich, auch wenn dies viel-

1) Vgl. Bochalli, BBG § 5 Anm. 1.

2) Vgl. Bochalli, BBG § 5 Anm. 1.

3) Allg.: Grellert, S. 98, 104 ff.

fach vertreten wird. Es würde außer Acht gelassen, daß es sich im Gegensatz zur Ermessensverwaltung um gebundene Verwaltung und statt eines nahezu freien Bewegungs-"Spielraums" lediglich um eine "Ermächtigung" handelt. Da im Bereich des Art. 33 Abs. 2 GG die Behörde zur Suche nach dem Besten verpflichtet ist, hat sie insoweit keine Wahlmöglichkeit unter mehreren Entscheidungen und kann deshalb auch keine Selbstbindung einleiten. Der dem Dienstherrn durch die Beurteilungsprärogative eingeräumte Frei-raum besteht nicht in der Sache, sondern nur gegenüber den Gerichten. Zusicherungen sind also im Bereich der Stellenvergabe unter der Herrschaft des Art. 33 Abs. 2 GG grundsätzlich nicht zulässig. Es könnte den Bewerbern nur zugesichert werden, sie zu ernennen, wenn sie sich als die Besten herausstellen; und dem Besten dürfte versprochen werden, ihn auch tatsächlich zu ernennen. Beide Zusicherungen wären aber ohne jede praktische Bedeutung, da sich ihr Inhalt ohnehin aus Art. 33 Abs. 2 GG ergibt.

Dagegen sind solche Zusicherungen unzulässig, die eine Ernennung unabhängig von der Eignung der Bewerber regeln oder mit denen eine Ernennung auch bei geringerer Eignung erfolgen soll.¹⁾

Dennoch unter Mißachtung des Leistungsprinzips erteilte Zusicherungen sind unwirksam und nach § 48 Abs. 3 VwVfG rücknehmbar. In solchen Fällen wäre dem Betroffenen auch kein

1) In diesem Sinne: Maunz in MDHS, Art. 33 RN 18; Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 648.

Schadensersatz zu leisten, wie § 48 Abs. 3 VwVfG dies für bestimmte Fälle vorsieht, da er nicht auf den Bestand der rechtswidrigen Zusicherung vertrauen durfte. Schon gar nicht führt eine unter Verstoß gegen das Leistungsprinzip erteilte Zusicherung dazu, daß der weniger geeignete Zusicherungsinhaber auf seine Klage hin einem besser geeigneten Bewerber vorzuziehen wäre.

Wiederum anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn im Wege der Ermessensentscheidung eine Auswahl zwischen mehreren gleichermaßen geeigneten Bewerbern zu treffen ist. Hier sind solche Zusicherungen zulässig, die sich im Rahmen des Ermessensspielraums halten. Dem Zusicherungsempfänger steht dann ein Anspruch auf Ernennung zu. Unzulässig sind dagegen Zusicherungen, wenn sie unter Außerachtlassung der Ermessensgrenzen erfolgen; solche Zusicherungen können jederzeit zurückgenommen werden; als Anspruchsgrundlage kommen sie nicht in Frage. Insgesamt betrachtet sind Zusicherungen bei der Ermessensernennung wohl denkbar. Ihre praktische Relevanz darf aber nicht überschätzt werden.

(f) Ansprüche aus Selbstbindung

Selbstbindungen der Verwaltung mit der Folge einer Ermessens- bzw. Beurteilungsermächtigungsreduzierung auf nur eine richtige Entscheidung sind noch auf andere Art denkbar als durch Zusicherungen. Sie sind ebenso möglich durch eigenes, sonstiges Verhalten der Behörde, etwa

eine bestimmte Verwaltungspraxis, Richtlinien, vorausgegangenes Tun wie z.B. Äußerungen des Dienstherrn.¹⁾ Im Rahmen der Stellenvergabe entspricht es, wie bereits erläutert, dem regelmäßigen Vorgehen, daß die Behörde sich zunächst in den durch Art. 33 Abs. 2 GG gesteckten Grenzen und gesondert für jede Ernennung auf bestimmte Kriterien und deren Bewertung für die Auswahl festlegt, daß sie also ein spezielles Entscheidungsraster zugrundelegt.

Die an den künftigen Amtsinhaber zu richtenden Grundanforderungen finden dann auch Eingang in die Stellenausschreibung.²⁾ Durch diese Festlegung auf ein Anforderungsraster wird die Behörde verpflichtet, alle Bewerber daran zu messen. Ändert sich das Raster im Laufe des Stellenvergabeverfahrens dergestalt, daß ursprünglich enthaltene Kriterien entfallen oder neuartige hinzukommen, so muß auch das neue Raster auf alle Bewerber angewendet werden. Die Bewerber behalten ihre Ansprüche auf chancengleiche Beurteilung, doch haben sich die der Beurteilung zugrundezulegenden Faktoren des Leistungsprinzips konkretisiert. Jeder Bewerber kann verlangen, allein nach den ausgewählten Kriterien bewertet und an seinen Konkurrenten gemessen zu werden. Bei einem Verstoß erwächst ihm daraus ein Anspruch auf

1) BVerwG, Buchholz 232 § 15 Nr. 8; BVerwGE 53, 23, 27 ff.; vgl. weiter Schmitt-Kammer, Jura 1979, 641, 642, zur inzwischen wieder abgeschafften Regelbeförderung und zur Selbstbindung durch Wahrnehmung der Funktionen eines höher bewerteten Amtes.

2) Vgl. den instruktiven Fall des EuGH, DVB1. 1975, 773 ff.

Neubeurteilung, ggf. unter Beachtung einer Reduzierung der Beurteilungsermächtigung auch ein Ernennungsanspruch.

Auch der Ermessensspielraum kann sich durch eine Selbstbindung verengen. Dieser Fall ist gerade bei der Massenverwaltung recht häufig. Hier wird die Verwaltung in aller Regel ebenfalls bestimmte soziale Maßstäbe entwickeln, an denen die gleichgeeigneten Bewerber gemessen werden sollen. Soweit es sich dabei um zulässige Kriterien handelt, kann die Behörde davon später nicht im Einzelfall wieder abweichen. Andernfalls besitzt der betroffene Bewerber auch hier einen Anspruch auf Neubeurteilung mit der Möglichkeit einer Ermessensreduzierung auf nur eine richtige Entscheidung.

(g) Ausschluß der Klagebefugnis bei offenkundig fehlender Kausalität des Verfahrensmangels für die Ernennungsentscheidung

Nach einer vereinzelt vertretenen Ansicht soll dem Bewerber jeder Rechtsschutz von vorneherein versagt bleiben, wenn die Ablehnung der Ernennung auf das Fehlen eines Merkmals zurückgehe, das für die zu besetzende Stelle sachgerecht verlangt werden könne, wie etwa die Deutscheigenschaft oder die Vorstrafenfreiheit oder eine bestimmte Religionszugehörigkeit bei Vergabe eines konfessionsgebundenen Amtes. Dann fehle offenkundig ein zulässiges Eignungserfordernis, so daß jeglicher Rechtsschutz an der mangelnden Rechts-

beeinträchtigung scheitere.¹⁾

Diese Meinung ist aus zwei Gründen abzulehnen. Zunächst ist kein vernünftiger Grund erkennbar, Bestandteile der Begründetheitsprüfung vorab in der Zulässigkeitsstation zu untersuchen. Die Zulässigkeit der Klage und hier insbesondere die Klagebefugnis beurteilt sich allein danach, ob alle formellen Voraussetzungen gegeben sind, vor allem ob der Kläger möglicherweise in seinen Rechten verletzt ist. Dabei handelt es sich um eine generelle Frage, die nicht mit der Überprüfung einer tatsächlichen Rechtsverletzung gekoppelt werden darf. Weiterhin bliebe ungeklärt, wo denn die Grenze zwischen offenkundig und nicht offenkundig fehlenden Erfordernissen liegen soll. Solange es um die Staatszugehörigkeit oder die Vorstrafen des Klägers geht, mag die Einordnung in die Kategorie der Offenkundigkeit einfach sein. Bereits nicht mehr offenkundig ist die Antwort auf die Frage, wann ein Amt eine bestimmte Religionszugehörigkeit voraussetzt.²⁾ Daher ist eine Grobauslese der Bewerber, die nicht einmal die geforderten Mindestvoraussetzungen für das Amt mitbringen, jedenfalls in der Zulässigkeitsprüfung abzulehnen.

1) Jung, S. 188; auch Finkelnburg, DVBl. 1980, 809, 810.

2) Vgl. VGH Mannheim, DVBl. 1968, 255 ff.

(h) Zwischenergebnis

Vorab ist also festzuhalten, daß Art. 33 Abs. 2 GG keineswegs nur öffentliche Interessen schützt, sondern auch in vielfältiger Weise die Interessensphäre der Bewerber rechtlich absichert. Immer dann, wenn es ihm darum geht, im Rahmen des Stellenvergabeverfahrens die Ordnungsmäßigkeit des verwaltungsbehördlichen Handelns zu überprüfen, gewährt ihm Art. 33 Abs. 2 GG die Klagebefugnis. Allerdings dürfte ihm damit in den meisten Fällen noch nicht sehr viel geholfen sein, da der weitreichende Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Verwaltung in Fragen der Stellenvergabe ihre Entscheidungen regelmäßig abdeckt.

3. Ernennungs- und Beförderungsansprüche aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Dienstherrn

Art. 33 Abs. 2 GG ist, wie sich gezeigt hat, im Ergebnis nur eine sehr beschränkt taugliche Anspruchsgrundlage für Ernennungsansprüche. So liegt es nahe, nach weiteren Vorschriften zu suchen, die dem Bewerber darüberhinausgehende Rechte vermitteln. Nicht erst in neuerer Zeit¹⁾ ist dabei die allgemeine Fürsorgepflicht des Dienstherrn aus §§ 79 BBG, 48 BRRG in die Diskussion geraten. Schon beispielsweise in der zitierten Entscheidung

1) So irrtümlich Rammel, S. 108.

2) Entsprechende Vorschriften finden sich in den Landesbeamtengesetzen.

des BVerwG aus dem Jahr 1962¹⁾ ist sie unter Bezugnahme auf noch ältere Entscheidungen des Reichsgerichts²⁾ und des BGH³⁾ angesprochen.

Damals, als Ernennungsansprüche aus Art. 33 Abs. 2 GG noch gänzlich abgelehnt wurden, ging es darum, ersatzweise aus der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht wenigstens gewisse Rechte der Bewerber herzuleiten. Sie bot und sie bietet sich auch heute noch für solche Überlegungen an, da sie als die Generalklausel der aus dem Beamtenverhältnis fließenden Rechte angesehen werden kann.⁴⁾ Als solche deckt sie alle Anspruchsgrundlagen ab, zeigt zugleich aber auch deren Grenzen auf.

Hier soll es vorerst nur um die Frage gehen, ob sich aus der allgemeinen Fürsorgepflicht - wie aus Art. 33 Abs. 2 GG - Erfüllungsansprüche des Bewerbers ergeben können. Schadensersatzansprüche bleiben zunächst außer Betracht.

a) Meinungsstand

Teilweise wird tatsächlich angenommen, daß die Fürsorgepflicht als solche Erfüllungsansprüche des Bewerbers begründe, und zwar in dem Sinn, daß der Beamte auf die Ernennung als eine Leistung klagen könne.⁵⁾ Ein derar-

1) BVerwGE 15, 3 ff.

2) RGZ 146, 369 ff.

3) BGHZ 15, 185 ff.; BGHZ 21, 256 ff.

4) Zu dem Meinungsstreit s.o.S. 25 f.

5) Heise, ZBR 1969, 165 ff.; Schack, ZBR 1961, 225, 226 f.

tiger Anspruch bestehe unabhängig von einem evtl. Verschulden des Dienstherrn schon dann, wenn der Anspruchsteller der Beste sei. In diesem Fall könne der Dienstherr seine Fürsorgepflicht nur durch Vornahme der Beförderung erfüllen.¹⁾

Demgegenüber wird der Wert eines Anspruchs im Zusammenhang mit der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht von einigen Autoren angezweifelt, da ihr neben der Vorschrift des Art. 33 Abs. 2 GG keine eigenständige Bedeutung zukomme²⁾ bzw. sie von Art. 33 Abs. 2 GG überlagert und verdrängt werde.³⁾

Das BVerwG lehnt generell die Möglichkeit eines Anspruchs aus der Fürsorgepflicht ab, da diese "nur in den Grenzen des jeweils bekleideten Amtes" bestehe⁴⁾ und deshalb weder die erstmalige Anstellung noch den Amtswechsel erfasse.

1) Vgl. Remmel, S. 108.

2) Solte, ZBR 1972, 109, 111.

3) Remmel, Seite 109 ff.

4) BVerwG, Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 30; BVerwGE 15, 3, 7 f.; BVerwGE 19, 252, 254; BVerwG, DVBl. 1968, 641, 642; BVerwG, ZBR 1963, 354; ebenso: VG Hannover, DVBl. 1977, 584; Isensee, Festgabe 337, 350; a.A.: Schack, ZBR 1961, 225 und ZBR 1963, 353, 354.

b) Der Inhalt der Fürsorgepflicht

Nach § 79 BBG wird die Fürsorgepflicht dahingehend definiert, daß der Dienstherr im Rahmen des Dienst- und Treueverhältnisses für das Wohl des Beamten und seiner Familie zu sorgen und ihn bei seiner amtlichen Tätigkeit und in seiner Stellung als Beamter zu schützen habe. In dieser Allgemeinheit geht die Fürsorgepflicht als ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG, also aus der Verfassung selbst hervor.¹⁾ Es gehört zum Wesen des so verfestigten Beamtentums, daß der Dienstherr sich gegenüber der Beamtenschaft und ihren einzelnen Mitgliedern unter Außerachtlassung aller sachwidrigen Erwägungen ausschließlich von Gerechtigkeit und Wohlwollen leiten zu lassen hat.²⁾ Dieser Schutzbereich erstreckt sich auf das gesamte Dienstverhältnis³⁾ und nicht etwa nur auf sachlich begrenzte Teilbereiche.

Auch im Rahmen von Beförderungen spielt die Fürsorgepflicht eine Rolle. Der gegenteiligen Formulierung des BVerwG, die Fürsorge sei auf die Grenzen des jeweils begleiteten Amtes beschränkt, kann in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. Es ist zwar richtig, daß jeder Dienstposten und jedes Amt verschiedene

-
- 1) Lecheler, ZBR 1972, 129, 130; v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 45.
 - 2) BVerwGE 15, 3, 7; vgl. auch BVerwGE 19, 19, 24 f.; BVerwGE 19, 252, 254; VG Hannover, DVBl. 1977, 584, 585; BGHZ 15, 185, 187; Ule, BRRG § 48 RN 5 ff.
 - 3) Crisolli/Schwarz, § 92 Anm. 3 C; Plog/Wiedow/Beck, BBG § 79 RN 5; vgl. Solte, ZBR 1972, 109, 111.

Anforderungen an den Beamten stellt und dementsprechend auch die Fürsorgepflicht des Dienstherrn verschiedene Gesichter hat. Das heißt aber nicht, daß nicht auch der Übergang von einem Amt ins andere - evtl. auf dem Weg der Beförderung - dem Schutzbereich der Fürsorgepflicht unterfiele. Im Gegenteil hat der Dienstherr auch bei Versetzungs- und Beförderungsentscheidungen stets das Wohl der Betroffenen im Auge zu behalten und jede Ungerechtigkeit zu vermeiden. Er ist verpflichtet, wie es auch das BVerwG an anderer Stelle selbst feststellt, dem Beamten das dienstliche Fortkommen entsprechend seiner Eignung und Leistung zu ermöglichen und alles zu unterlassen, was den beruflichen Aufstieg des Beamten hindern könnte.¹⁾

Gerade hierbei handelt es sich um die Vorgänge, die den Status des Beamten sowie seinen künftigen Werdegang betreffen und deshalb für ihn eminent bedeutsam sind. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, diesen Bereich wichtiger Grundentscheidungen aus dem Schutzbereich der Fürsorge auszuklammern. Auch in dogmatischer Hinsicht fehlt jede Erklärung dafür, daß die Fürsorge abrupt enden soll, wenn die Frage einer Beförderung erörtert wird, um sofort wieder einzusetzen, wenn das Ergebnis des Beförderungsverfahrens feststeht. Richtigerweise erfaßt die Fürsorgepflicht also das gesamte Beamtenverhältnis mit allen seinen Entscheidungen.

1) BVerwGE 15, 3, 7; ebenso: BVerwGE, 19, 252, 254; VGH Kassel, HessVGRspr. 1977, 34; Schütz, § 85 LBG RN 8; Ule, BRRG § 48 RN 5.

Darüberhinaus erstreckt sich die Fürsorge auch auf das sogenannte Vorbeamtenverhältnis¹⁾, also auf die Vorgänge anlässlich der Ernennung zum Beamten. Dies ist alles andere als selbstverständlich, da die einzelnen Bewerber den Beamtenstatus ja noch nicht besitzen und deshalb dem Wortlaut nach der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht unbeteiligt gegenüberstehen. Dabei bliebe jedoch außer Betracht, daß auch die Ernennung sich bereits nach beamtenrechtlichen Vorschriften richtet, und zwar nach denselben wie die Beförderung.

Das Beamtenrecht zeitigt hier Vorwirkungen, die auch Einfluß auf die Fürsorgepflicht haben. Das betrifft sowohl die Frage, ob der Bewerber überhaupt ernannt wird, als auch die Überlegung, welches Amt ihm zugewiesen werden soll. Beide Entscheidungen bilden die Grundlage seiner Beamtenkarriere und determinieren Art und Umfang der später unstreitig vorhandenen Fürsorgepflicht. Infolge dieses untrennbaren Zusammenhangs mit dem späteren Beamtenverhältnis wirkt sich die Fürsorgepflicht auch schon im beamtenrechtlichen Vorverhältnis aus. Inhaltlich ist sie in diesem Stadium darauf gerichtet, dem Bewerber ein an Art. 33 Abs. 2 GG zu messendes, ordnungsgemäßes Auswahlverfahren zu gewährleisten.

Allerdings wird der Fürsorgepflicht, auch wenn sie richtigerweise auf das gesamte Dienstverhältnis einschließlich des Ernennungsverfahrens

1) Zum Begriff s. o. S. 25.

rens erstreckt wird, im Hinblick auf die Konkurrentenklage ein viel zu großes Gewicht beigemessen.¹⁾ Sie ist als selbständige Anspruchsgrundlage für Ernennungsansprüche im weitesten Sinn nicht verwendbar. Die Begründung hierfür folgt aus dem bereits genannten Umstand, daß die Fürsorgepflicht nicht weniger aber auch nicht mehr darstellt als die Generalklausel aller beamtenrechtlichen Dienstrechte und -pflichten. Sobald ein Ausschnitt aus diesem Bereich einer besonderen Regelung unterworfen wird, tritt die allgemeine Fürsorgepflicht dahinter zurück. Gerade für das Gebiet der Ernennungen stellt Art. 33 Abs. 2 GG eine derartige Spezialvorschrift dar, neben der die allgemeine Fürsorgepflicht keinen Platz mehr zu beanspruchen hat. Nur in diesem Sinn wandelt sich die Fürsorgepflicht des Dienstherrn auf der Seite des Beamten zu einem Fürsorgerecht. Gleichzeitig ist damit bestimmt, daß die Fürsorgepflicht keine Ansprüche zu begründen vermag, die über die Garantie des Art. 33 GG hinausgehen.²⁾ Dies gilt zunächst ohne weiteres, soweit Art. 33 Abs. 2 GG das Leistungsprinzip zum allgemein maßgeblichen Auswahlkriterium erhebt und dem Bewerber einen Ernennungsanspruch mit der Einschränkung des Beurteilungsspielraums an die Seite gibt; daran ändert die Existenz der allgemeinen Fürsorgepflicht nichts. Sie führt insbesondere nicht dazu, daß quasi durch die Hintertür wieder Momente in die Auswahlentscheidung einfließen, die von Art. 33 GG für unzulässig erklärt worden sind.

1) Vgl. Solte, ZBR 1972, 109, 110.

2) Dazu Remmel, S. 111 f.

Darüberhinaus gilt das Spezialitätsverhältnis aber auch für diejenigen Ernennungen, denen ausnahmsweise ein Ermessensspielraum zugrundeliegt. Hier mögen auch solche Gesichtspunkte heranzuziehen sein, die keinen direkten Bezug zum Leistungsprinzip haben, wozu unter Umständen auch Elemente der Fürsorge gehören können.¹⁾ Eben aus diesem Grunde besteht für einen daneben geltend zu machenden selbständigen Anspruch aus der allgemeinen Fürsorgepflicht keine Notwendigkeit.

Dem Argument, Fürsorge sei mehr als nur fehlerfreies Ermessen, weil es den Dienstherrn über die ordnungsgemäße Handhabung des Ermessens hinaus dazu verpflichte, sich dem Bewerber gegenüber wohlwollend zu verhalten²⁾, kommt jedenfalls in dem hier interessierenden Zusammenhang keine Bedeutung zu. Sämtliche im Rahmen der Bewerberauswahl zulässigen Kriterien ergeben sich aus Art. 33 GG. Ein evtl. weitreichendes Wohlwollen des Dienstherrn gegenüber einzelnen Bewerbern darf keinen Einfluß auf die behördliche Entscheidung bekommen.

Die Herleitung eines Anspruchs aus der Fürsorgepflicht geht auf eine Zeit zurück, in der noch dem Art. 33 Abs. 2 GG die subjektive Rechtsqualität abgesprochen wurde. Nachdem heute feststeht, daß Art. 33 Abs. 2 GG zumindestens auch dem Schutz des einzelnen Bewerbers dient, ist allein deshalb ein Rückgriff auf die Fürsorgepflicht des Dienstherrn nicht mehr notwendig.

1) S. o. S. 108 f.

2) Schack, ZBR 1961, 225, 226 f.

Die Fürsorgepflicht als selbständige Anspruchsgrundlage kann daher getrost zu den Akten gelegt werden - als ein Relikt früherer Zeiten. Einfluß auf die Ernennungsentscheidung gewinnt sie nur im Rahmen der Ermessensbetätigung bei einer Auswahl zwischen mehreren nach dem Leistungsprinzip gleichermaßen bewerteten Bewerbern.

Wegen des Sachzusammenhanges soll bereits hier darauf hingewiesen werden, daß nach erfolgter Ernennung eines Konkurrenten Erfüllungsansprüche aus der Fürsorgepflicht aus einem weiteren Grund nicht mehr in Betracht kommen. Ausgehend von der noch zu erörternden These der herrschenden Rechtsprechungs- und Literaturauffassung, wonach eine einmal erfolgte Ernennung nicht mehr beseitigt werden kann, ist eine Zuweisung des vom Kläger begehrten Amtes unmöglich geworden. Als Ausweg ist allein daran zu denken, die Ernennung jetzt in bezug auf ein anderes Amt nachzuholen, soweit und sobald es das Vermögen des Dienstherrn zuläßt.¹⁾ Der Kläger mußte dann solange warten, bis ein vergleichbares Amt frei wird.

Dem ist aber aus mehreren Gründen zu widersprechen. Zunächst kann die Bewerbung für ein Amt nicht ohne weiteres auf ein anderes Amt übertragen werden. Außer vielleicht in der Massenverwaltung unterscheiden sich die Anforderungen an den künftigen Amtsinhaber von Amt zu Amt zu sehr, als daß infolge fehlerhafter

1) Vgl. Tietgen, Festschrift, 325, 344.

Besetzung des einen Amtes dem Bewerber nun sofort ein anderes Amt zugewiesen werden könnte. Für das "Ersatzamt" ist vielmehr wiederum ausschließlich an Hand der Auswahlmaßstäbe des Art. 33 GG der Beste zu ermitteln.¹⁾ Hier verbietet es sich, jemanden zu bevorzugen, weil er zuvor unrechtmäßig an anderer Stelle abgelehnt wurde. Eine solche Verfahrensweise widerspräche dem Grundsatz möglichst großer Effektivität der Verwaltung bei möglichst wirtschaftlicher Anwendung der Haushaltsmittel, und damit der Grundidee des Leistungsprinzips.

Daraus resultiert auch ein weiterer Kritikpunkt an dieser Meinung: Ein derartiger Anspruch wäre in den Augen des Bewerbers kein vollwertiger Ersatz im Vergleich zu einer Übertragung des ursprünglich begehrten Amtes. Zum einen ist nicht sicher, ob und wann überhaupt ein Ersatzamt zur Verfügung steht, so daß die Wartezeit zusätzlich mit einem Schadensersatzanspruch in Geld überbrückt werden müßte. Zum anderen hat der Bewerber mit einem Anspruch auf das nächste Amt, für das er sich als der Beste herausstellt, nichts gewonnen. Diesen Anspruch hat er ja aus Art. 33 Abs. 2 GG ohnehin.

1) So auch: Günther, ZBR 1979, 93, 103; Schenke, Festschrift, 571, 573; Schmitt-Kammler, Jura 1979, 641, 653; Solte, ZBR 1972, 109, 112.

4. Ernennungs- und Beförderungsansprüche aus Schadensersatzgesichtspunkten

Schadensersatzansprüche der zu Unrecht abgelehnten Bewerber kommen vor allem dann in Betracht, wenn das betreffende Amt bereits endgültig besetzt ist. Erst dann kann in der Regel hinsichtlich der Ernennung von einem Schaden gesprochen werden, während vor der bestandskräftigen Ernennung des Konkurrenten der eigene Anspruch auf das Amt ja noch nicht vereitelt ist.¹⁾

Vor der Besetzung des Amtes mit einem Konkurrenten kann ein Nachteil allerdings darin liegen, daß durch die vorzeitige Ablehnung des Klägers die tatsächliche Durchsetzung seines Ernennungsanspruches erschwert wird und die Ernennung sich hinauszögert. Sofern deshalb Schadensersatzansprüche des Klägers in Betracht kommen, haben sie mit der Ernennung selbst jedoch nichts zu tun, sondern können allenfalls auf den Ausgleich der durch die Verzögerung bedingten Schäden gerichtet sein. In diesem Rahmen kommt Schadensersatz nur als Geldersatz infrage. Vor der rechtswidrigen Ernennung eines Mitbewerbers gibt es keine auf die eigene Ernennung zielenden Schadensersatzansprüche.

Damit könnten die Überlegungen zu diesem Punkte an sich bereits abgeschlossen werden.

1) Auf die Frage, inwieweit überhaupt eine fremde Ernennung eigene Ansprüche unmöglich macht, wird noch zurückzukommen sein.

Wegen des engen thematischen Zusammenhangs soll an dieser Stelle aber auch die Frage behandelt werden, ob Ernennungsansprüche als Schadensersatz dann bestehen können, wenn das Amt schon mit einem Konkurrenten besetzt worden ist.

a) Meinungsstand

Als Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch wird in der Regel § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG genannt, wobei als möglicherweise verletzte Amtspflicht die Fürsorgepflicht des Dienstherrn in Betracht kommt. Überwiegend wird angenommen, daß auch ein derartiger Schadensanspruch nur auf eine Geldleistung gerichtet sein könne.¹⁾ Es sind jedoch auch Stimmen²⁾ zu verzeichnen, die einen Anspruch auf Naturalrestitution zuerkennen und den Bewerber in das Amt einweisen³⁾, oder wenn dieses schon besetzt ist, ihm ein anderes vergleichbares Amt zur Verfügung stellen wollen. Diejenigen Autoren⁴⁾, die nur den Bereich der Beförderungen der Fürsorgepflicht unterstellen, können dementsprechend auch nicht zu einem Schadensersatzanspruch mit dem Ziel einer erstmaligen Ernennung gelangen.

1) Z.B. auf Nachzahlung eines entgangenen Gehalts: BVerwGE 28, 155, 162; BVerwG, DVBl. 1968, 641, 642; BVerwGE 53, 23, 29; Rammel, S. 114 f.m.w.N.; Schenke, Festschrift, 571, 573 ff.

2) OVG Saarland, ZBR 1976, 88 f.; Lecheler, DVBl. 1978, 585, 588; Tietgen, Festschrift, 325, 344.

3) Dazu s.S. 142 f.; Heise, ZBR 1969, 165, 166 f.

4) Dazu s.o.S. 146.

Hier wird dann jedoch ein Anspruch aus einer analogen Anwendung der für das Institut culpa in contrahendo geltenden Grundsätze für möglich erachtet; da allerdings dieser Anspruch nur auf Ersatz des Vertrauensschadens gerichtet sei, liefere er ohnehin keine Basis für eine Ernennung¹⁾, sondern wiederum nur für einen Geldausgleich.

Daneben wird vertreten, daß als Anspruchsgrundlage auch unmittelbar die Verletzung der Fürsorgepflicht - ohne den Umweg über die Amtshaftungsgrundsätze - in Betracht komme; letztlich sei der sich hieraus ergebende Anspruch aber ebenfalls nur auf eine Geldleistung und nicht auf die Ernennung selbst gerichtet.²⁾

b) Stellungnahme

aa) Ernennungsansprüche aus § 839 BGB i.V.m.

Art. 34 GG

Ansprüche aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG können auch im Rahmen eines Beamtenverhältnisses bestehen. Die allgemeine Fürsorgepflicht der Dienstherrn bildet dabei die Amtspflicht gem. § 839 BGB; wird diese von einem Beamten (im haftungsrechtlichen Sinn) schuldhaft verletzt, ist der Dienstherr zum Schadensersatz verpflichtet. Ernennungsansprüche lassen sich daraus jedoch nicht herleiten.

1) Battis, ZBR 1971, 300 ff.; Schenke, Festschrift, 571, 573 ff.; Schick, DVBl. 1975, 741, 747.

2) Z.B. Remmel, S. 115, 118 ff. m.w.N.

Zunächst spricht viel dafür, Schadensersatzansprüche nur mit dem Ziel einer Geldleistung zuzulassen. Von den Zivilgerichten jedenfalls, die für die Amtshaftungsklagen zuständig sind, darf eine Verwaltungsbehörde nicht zur Vornahme eines Verwaltungsakts verurteilt werden, da andernfalls in den Kompetenzbereich der Verwaltungsgerichte eingegriffen würde.¹⁾ Schwerer wiegt die bereits angesprochene Überlegung, daß Ernennungen ausschließlich an Art. 33 Abs. 2 GG zu orientieren sind und es keinen Einfluß auf die Entscheidung haben darf, ob der Bewerber schon einmal früher rechtswidrig abgelehnt wurde.²⁾ Die Verletzung der Ernennungsvorschriften anläßlich des einen Ernennungsvorgangs rechtfertigt auch nicht die Zuweisung eines anderen Amtes.

Schließlich spricht gegen die Möglichkeit einer Naturalrestitution der Umstand, daß § 839 BGB auf der Vorstellung des Gesetzgebers von der Eigenverantwortlichkeit des handelnden Beamten beruht; dementsprechend kann der Anspruch nur auf etwas gerichtet sein, das dem Beamten zu leisten möglich ist.³⁾ Dieser kann jedoch keine Ernennungen vornehmen; das vielmehr ist dem Dienstherrn selbst vorbehalten.

1) Rammel, S. 115.

2) S. o. S. 149.

3) Heinrichs in Palandt, BGB § 249 Anm. 1 a; Wolff/Bachof I, § 64 II e 2.

bb) Ernennungsansprüche aus der Verletzung der
beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht

Unabhängig von den Voraussetzungen der Amtshaftung löst die Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht auch eigenständige Ersatzansprüche des beeinträchtigten Beamten aus. Im Unterschied zu § 839 BGB sind diese Ansprüche von einer Eigenhaftung des schuldhaft handelnden Amtswalters unabhängig und richten sich unmittelbar gegen den Dienstherrn.¹⁾ Aber auch hieraus kann der zu Unrecht abgelehnte Bewerber nicht etwa einen Ernennungsanspruch geltend machen, sondern allenfalls einen Anspruch auf Geldersatz. Dazu ist auf die Ausführungen zum Anspruch aus § 839 BGB Art. 34 GG zu verweisen, die zum großen Teil auch Geltung an dieser Stelle beanspruchen.

Letztlich kann es sogar offen bleiben, ob aus einer Verletzung der allgemeinen Fürsorgepflicht Ernennungsansprüche fließen oder nicht. Jedenfalls käme ihnen neben den sich direkt aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden Rechten der Bewerber keinerlei Bedeutung zu. Es ist denklogisch ausgeschlossen, daß aus Ersatzvorschriften weitergehendere oder andersartige Ansprüche herzuleiten sind als aus Art. 33 Abs. 2 GG als der verfassungsrechtlichen Spezialnorm für alle Ernennungsfragen. Daher soll die Schadensersatzkomponente nicht weiter erfolgt werden.

1) BVerwGE 13, 17, 18 ff.; BVerwG, Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 6; BGHZ 43, 179, 184; Bochall, BBG § 79 Anm. 8; v. Münch, Öffentlicher Dienst, 1, 46.

5. Ernennungsansprüche als Folgenbeseitigungsansprüche

Vereinzelte ist versucht worden, Ernennungsansprüche auf dem Weg über die Folgenbeseitigung¹⁾ zu konstruieren. Diese Bemühungen gehen darauf zurück, daß zunächst aus anderen Vorschriften kein Ernennungsanspruch anerkannt war und nun ein Ausweg gefunden zu sein schien. Hinzu kam der Vorteil, daß Ansprüche aus dem Institut der Folgenbeseitigung nicht ein Verschulden voraussetzen, das dem Dienstherrn bzw. dem sachbearbeitenden Beamten kaum hätte nachgewiesen werden können.⁴⁾

a) Meinungsstand

Die Stimmen in der Literatur, die sich für einen Ernennungsanspruch aus Folgenbeseitigung ausgesprochen haben, sind nicht sehr zahlreich.²⁾ Aus der Rechtsprechung hat bis jetzt - soweit ersichtlich - nur das OVG Lüneburg³⁾ eine entsprechende Auffassung vertreten, indem es den Dienstherrn verpflichtete,

1) Zum Institut der Folgenbeseitigung: Bachof, Vornahmeklage, S. 98 ff.; Bettermann, DÖV 1955, 528 ff.; Wolff/Bachof I, § 54 II.

2) V. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 28; Schack, ZBR 1961, 225, 230; Tietgen, Festschrift, 325, 345 f.

3) OVG Lüneburg, DVBl. 1967, 206, 207 f., unter ausdrücklicher Ablehnung von BVerwG, DVBl. 1963, 677, und OVG Lüneburg, ZBR 1960, 92, 93, sowie des OVG Koblenz, DVBl. 1964, 773.

4) Zur dogmatischen Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs: Bettermann, DÖV 1955, 258, 530 ff.; Wolff/Bachof I, § 54 II b.

einen ehemaligen Polizeibeamten wieder einzustellen. Im allgemeinen wird demgegenüber die Möglichkeit eines Ernennungsanspruchs aus Folgenbeseitigung aus verschiedenen Überlegungen verneint.¹⁾

b) Stellungnahme

Zunächst ist festzuhalten, daß es der Herleitung eines solchen Anspruches neben dem aus Art. 33 Abs. 2 GG nicht bedarf. Insoweit gilt das gleiche wie zu den Ansprüchen aus der Fürsorgepflicht oder aus Schadensersatzgesichtspunkten.

Unabhängig davon fehlt es auch schon an den Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlage. Der Folgenbeseitigungsanspruch soll dem Bürger helfen, in dessen Rechtsposition der Staat derart eingegriffen hat, daß die Rechtswidrigkeit des Eingriffs feststeht, aber sich ein Verschulden des Handelnden nicht nachweisen läßt.²⁾ In einem solchen Fall wäre es unbillig, wenn der Betroffene, der mangels Verschuldensnachweis keine Ersatzansprüche durchzusetzen vermag, nun auch noch auf Dauer mit den belastenden Folgen des Eingriffs leben müßte. Deshalb hat er zumindestens einen Anspruch auf Beseitigung der anhaltenden Nach-

1) BVerwGE 28, 155, 161 ff.; BVerwGE 53, 12, 22; BVerwG, DÖV 1960, 589, 590; Jung, S. 174 f.; Schenke, Festschrift, 572, 575 f.; Solte, ZBR 1972, 109, 111; Solte, NJW 1980, 1027, 1030; Wolff/Bachof I, § 54 II f 1.

2) Bachof, Vornahmeklage, S. 117.

teile und somit auf Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes.¹⁾

Damit ist jedoch nicht das Begehren eines Bewerbers auf Ernennung zu vergleichen. Hier geht es nicht um die Beseitigung von Nachteilen, sondern um die Verschaffung von Vorteilen. Da dem Bewerber kein Amt weggenommen worden ist, kann ihm auch per Folgenbeseitigung nicht eines zugewiesen werden. Die durch die Bewerbung eingeleitete Chance einer Ernennung ist nicht mit der Ernennung selbst gleichzusetzen.

Wollte man das Institut der Folgenbeseitigung analog anwenden oder direkt ausdehnen auf Konstellationen, in denen es um die Vorenthaltung einer staatlichen Begünstigung geht, würde das Gefüge unseres Staatshaftungssystems entscheidend verändert. Dann nämlich gäbe es - unter möglicher Vernachlässigung jeden Verschuldens - einen generellen Anspruch auf Ersatz bei rechtswidrigem Handeln des Staates im weitesten Sinn. Derart einschneidende Veränderungen zu veranlassen muß Sache des Gesetzgebers sein²⁾ und kann weder von der Rechtsprechung noch von der Literatur vorgenommen werden. Deshalb ist auch eine im Rahmen der Konkurrentenklage vertretene Auffassung zurückzuweisen, es dürfe keine unüberwindbaren Schwierigkeiten bereiten, den quasinegatori-

1) BVerwG, DVBl. 1963, 677 f., OVG Koblenz, DVBl. 1964, 773; Bettermann, DÖV 1955, 528, 530 f.; Wolff/Bachof I, § 54 II a.

2) Das StHG aus dem Jahre 1981 zielte in diese Richtung.

schen Wiederherstellungsanspruch als Ausprägung des Folgenbeseitigungsanspruchs auch in bezug auf Ernennungen anzuwenden.¹⁾ So erstrebenswert dieses Ziel auch sein mag, so wenig wird es durch das geltende Recht gedeckt. Im Ergebnis steht damit fest, daß auch aus Folgenbeseitigungsgesichtspunkten ein Ernennungsanspruch nicht hergeleitet werden kann.

V. Rechtsschutzinteresse

Einigen Stimmen in der Literatur zufolge geht das Rechtsschutzinteresse für die Konkurrentenklage verloren, wenn das Amt mit einem anderen Bewerber besetzt wird. Dann könne das Begehren, nämlich die eigene Ernennung, ohnehin nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg angestrebt werden, so daß eine dessenungeachtet erhobene Klage von vorneherein unzulässig sei.²⁾

Diese Argumentation beweist, wie wichtig eine strenge Differenzierung zwischen den einzelnen Formen der Konkurrentenklage ist. Insbesondere wird eine pauschale Ablehnung des Rechtsschutzinteresses nicht der anfangs getroffenen Unterscheidung zwischen dem Fall, daß die fremde Ernennung noch bevorsteht,

1) Schack, ZBR 1961, 225, 230; so aber: Schenke, Festschrift, 571, 575 f.; Tietgen, Festschrift, 325, 345 f.; im hier vertretenen Sinne: BVerwG, DVBl. 1968, 640, 644; OVG Koblenz, DVBl. 1964, 773; Wolff/Bachof I, § 54 II a.

2) Finkelnburg, DVBl. 1980, 809, 810.

und der Situation, daß sie schon erfolgt ist, gerecht. An dieser Stelle, an der es um die Zulässigkeit der Verpflichtungsklage auf eine Ernennung in bezug auf ein noch nicht besetztes Amt geht, liegt das Rechtsschutzinteresse sicher vor. Weder hat sich der Streitgegenstand erledigt, noch ist die Klage aus sonstigen Gründen unzulässig geworden. Die Rechtslage nach Ernennung eines Konkurrenten interessiert an dieser Stelle noch nicht.

Da weitere Zulässigkeitserfordernisse nicht problematisch sind, ist festzuhalten, daß unter den genannten Voraussetzungen und Einschränkungen die auf eine Ernennung gerichtete Verpflichtungsklage zulässig ist.

B. Begründetheit der Verpflichtungsklage

Die Voraussetzungen, unter denen die Verpflichtungsklage als begründet zuzusprechen ist, sind bereits angedeutet: Die Nichternennung des Klägers muß rechtswidrig sein und ihn in seinen Rechten verletzen; zudem ist es notwendig, daß der Kläger als der Beste aller Bewerber feststeht bzw. bei ordnungsgemäßem Verfahren ernannt worden wäre. Nach anderer Formulierung ist die Verpflichtungsklage dann begründet, wenn der Kläger einen Anspruch auf die begehrte Entscheidung hat.

Die einzelnen denkbaren Anspruchsinhalte sind im Rahmen der Klagebefugnis erörtert und sollen hier nicht wiederholt werden. Die Hauptschwierigkeit des Klägers, seine zulässigerweise z.b. auf Ernennung gerichtete Klage zu

begründen, ergibt sich aus dem Bestehen des Beurteilungsspielraums, unter Umständen sogar des Ermessensspielraums. Die praktischen Erfahrungen mit der Konkurrentenklage sind angesichts nur weniger bisher entschiedener Fälle gering. Es lassen sich jedoch ohne weiteres Parallelen zu anderen Fallgruppen ziehen, in denen der Klageerfolg davon abhängt, ob es dem Kläger gelingt, den Nachweis einer falschen behördlichen Beurteilung zu erbringen. Zu denken ist dabei insbesondere an die Klagen gegen vermeintlich fehlerhafte Zeugnisse oder Prüfungsnoten. Im Grunde sind tatsächlich nur extreme Beurteilungsmängel geeignet, einer Klage zum Durchbruch zu verhelfen. Geringfügige Abweichungen vom vorgeschriebenen Verfahren werden demgegenüber von den Gerichten kaum akzeptiert, sondern zumeist in dem weiten Feld des Beurteilungsrahmens untergebracht. Als Abweisungsgrund wird daneben oft angeführt, daß selbst die festgestellten Beurteilungsfehler keinen Einfluß auf die Entscheidung gehabt hätten und deshalb unbeachtlich seien.

Dieselbe Tendenz, nur grobe Mängel als relevant anzusehen, zeigt sich auch in den wenigen bis jetzt zur Konkurrenzsituation im Beamtenverhältnis ergangenen Entscheidungen. Beispielsweise ist der Klage eines Bewerbers stattgegeben worden,

- der als anerkanntermaßen Bester unter den Bewerbern allein aus religiösen Gründen

- nicht ernannt worden war;¹⁾
- der ausschließlich aus politischen Gründen abgelehnt worden war;²⁾
- der allein deshalb zurückgewiesen worden war, weil er einer bestimmten Gewerkschaft angehört hatte;³⁾
- der nur deshalb nicht ernannt worden war, weil seine Verfassungstreue fälschlich verneint worden war.⁴⁾

Für den Kläger ergibt sich die grundlegende Schwierigkeit, mangels Kenntnis von den Befähigungen der Mitbewerber selbst nicht hinreichend sicher beurteilen zu können, wie der eigene Stellenwert ist. Er weiß oder ahnt in der Regel nur, daß seine Ablehnung zu Unrecht erfolgt ist, z.B. weil der Dienstherr ersichtlich von falschen Voraussetzungen ausgegangen ist. Dagegen kann er nicht wissen, ob er bei ordnungsgemäßer Beurteilung als Bester aus dem Verfahren hervorgegangen wäre. Aus dieser Überlegung bleibt ihm, um kein unnötiges Kostenrisiko einzugehen, keine andere Wahl, als zunächst nur einen Anspruch auf Neubescheidung geltend zu machen. Im Falle eines Obsiegens darf er dann wieder hoffen, auch tatsächlich ernannt zu werden.

Zu einer Klage direkt mit dem Ziel der Ernennung kann ihm allenfalls dann geraten werden, wenn ihm die Gründe seiner Ablehnung ge-

1) VGH Baden-Württemberg, DVBl. 1968, 255, 256 f.

2) BayVGH, VGH n.f. 10, 110.

3) BGHZ 21, 256 ff.

4) Bayer.VG München, ZBR 1977, 69; VG Berlin, ZBR 1976, 341; BAG, NJW 1976, 1708.

nau bekannt sind und er deshalb sicher ist, daß er als der Beste zu ernennen gewesen wäre. Hierbei handelt es sich allerdings um eine recht hypothetische Konstellation, da während des Laufes des Ernennungsverfahrens kaum Informationen über den jeweiligen Stand herausgegeben werden. Im allgemeinen erfährt der Bewerber ja erst durch die Tatsache einer fremden Ernennung von seiner Ablehnung. In Ermangelung eines förmlichen Ablehnungsbescheides sind selbst dann für ihn die Chancen einer Klage kaum abschätzbar. Umso mehr gilt dies vor der Besetzung des Amtes, wenn er weder die weiteren Bewerber noch deren Beurteilungen durch den Dienstherrn kennt. Im Regelfall kommt daher eine Klage auf Ernennung kaum in Betracht.

Die praktischen Probleme einer Ernennungsklage berechtigen aber keinesfalls dazu, die Möglichkeit eines Konkurrentenrechtsschutzes von vornherein negativ zu beurteilen. Zum einen stellt es einen großen Fortschritt dar, daß jedenfalls in einzelnen Fällen die Fehlbeurteilungen der Behörde auf diese Weise korrigiert werden können. Es wäre unvertretbar, wenn nicht wenigstens die groben Verstöße angreifbar wären. Zum anderen bleibt zu hoffen, daß die Behörden ihre Pflicht zur Bescheidung der Bewerber erkennen und so die Nachvollziehbarkeit ihrer Maßnahmen erhöhen und die gerichtliche Kontrolle erleichtern. Im Zuge einer immer mehr mathematisierten Entscheidungsfindung ist zu erwarten, daß auch die Überprüfungsmöglichkeiten wachsen und er Ernennungsklage eine stärkere Bedeutung verleihen.

2. Abschnitt:

Allgemeine Leistungsklage

Es sind Fälle denkbar, in denen es nicht um die Ernennung geht, sondern der Kläger zunächst lediglich bemerkt, daß beispielsweise seine Bewerbung nicht in das Auswahlverfahren einbezogen wurde oder im Verfahren selbst nicht sachgerecht behandelt wurde. In solchen Situationen richtet sich das Begehren des Klägers demzufolge auf die Annahme seiner Bewerbung bzw. auf die Vornahme einzelner Maßnahmen im Rahmen des Ernennungsverfahrens. Eine Verpflichtungsklage scheidet insoweit aus, weil es sich dabei nicht um Verwaltungsakte oder deren Ablehnung handelt.

Gemäß § 44 a VwGO¹⁾ können darüberhinaus ohnehin nur wenige Maßnahmen der Behörde während des Auswahlverfahrens Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung sein. Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen sind nämlich ausschließlich im Zusammenhang mit Rechtsbehelfen gegen die Sachentscheidung selbst möglich. Aus diesem Grund ist. z.B. eine Klage auf Einbeziehung des Klägers in ein Vorstellungsgespräch oder eine Klage auf besondere Berücksichtigung bestimmter Eignungsfaktoren nicht zulässig. So sehr dieses Verlangen sachlich auch gerechtfertigt sein mag, so wenig kann es isoliert im Wege der Leistungsklage verfolgt werden. Der Kläger muß hier auf die Ernennungsentscheidung der Behörde warten und diese dann unter Be-

1) Dazu Kopp, § 44 a RN 3 ff.; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 111.

rufung auf die einzelnen Mängel des Verfahrens anfechten. Selbstverständlich kann er auch Verpflichtungsklage im vorgezeigten Sinn erheben.

Möglich ist die allgemeine Leistungsklage¹⁾ demgegenüber mit dem Ziel der Erzwingung solcher Handlungen der Behörde, die nicht direkter Bestandteil des laufenden Auswahlverfahrens sind, sondern sich auf das Verfahren insgesamt beziehen oder das Ergebnis des Verfahrens betreffen. Zulässig sind demnach allgemeine Leistungsklagen auf Entgegennahme und Bearbeitung der Bewerbung des Klägers oder auf Mitteilung der behördlichen Entscheidung nebst der Gründe.

Hinsichtlich der generellen Zulässigkeit einer allgemeinen Leistungsklage ist streitig, ob sie das Bestehen einer Klagebefugnis voraussetzt.²⁾ Verlangt man dieses Merkmal, so richtet sich die Prüfung nach denselben Kriterien wie bei der Verpflichtungsklage. Klagebefugt ist dann jeder Bewerber, der geltend macht, daß er z.B. durch die Nichtannahme seiner Bewerbung in seinen Rechten verletzt ist. Entsprechend den Ausführungen zur Verpflichtungsklage ergibt sich die mögliche Betroffenheit des Klägers dabei schon allein aus seiner Stellung als Bewerber.

1) Vgl. Achterberg, VerwR, S. 535 f.; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 72 ff.

2) Dazu Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 124, der die analoge Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO bejaht, ebenso: BVerwGE 36, 192, 193 ff.; VGH Mannheim, DVBl. 1980, 1871; vgl. ferner Ule, VerwProzR, S. 164 f.

3. Abschnitt:

Feststellungsklage

Da für den einzelnen Bewerber oft nicht vorherzusagen ist, ob eine Verpflichtungsklage auf Ernennung auch tatsächlich zugesprochen werden würde, ist eine Feststellungsklage in Betracht zu ziehen. So wird teilweise die Auffassung geäußert, eine Feststellungsklage verschaffe dem abgelehnten Bewerber die Möglichkeit, sich gegen die mit einem fehlerhaften Verfahren verbundene Gefährdung seiner Rechte zu wehren.¹⁾ An anderer Stelle wird darauf verwiesen, daß mittels einer Feststellungsklage die Behörde auch ohne besondere Verurteilung zur erneuten Überprüfung des Bewerbers verpflichtet werden könne.²⁾

Diese Meinungen sind abzulehnen, da die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO³⁾ nicht gegeben sind. Es mag das Feststellungsinteresse⁴⁾ noch zu bejahen sein, letztlich scheitert eine Feststellungsklage durchweg an der Subsidiaritätsklausel⁵⁾ des § 43 Abs. 2 VwGO, nach der zunächst immer eine mögliche Leistungsklage zu

1) VGH Mannheim, DVBl. 1968, 225, 256; v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 27; dazu auch: v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 113; Schick, DVBl. 1975, 741, 745.

2) Maunz in MDHS, Art. 33 RN 17.

3) Achterberg, VerwR, S. 533 (ursprüngliche Feststellungsklage); Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 75 ff.; Ule, VerwProzR, S. 129 ff.

4) Kopp, § 43 RN 23 f.

5) Kopp, § 43 RN 26 ff.

erheben ist. Dementsprechend tritt die Klage auf Feststellung der Ernennungspflicht hinter die Verpflichtungsklage und die Klage auf Feststellung, daß das Auswahlverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt ist, hinter die jeweilige allgemeine Leistungsklage zurück. Weitergehende oder andersartige Begehren als mit der besonderen oder der allgemeinen Leistungsklage können auch mit der Feststellungsklage nicht verfolgt werden.

4. Abschnitt:

Vorbeugende Unterlassungsklage

Die bisher erörterten Klagearten sind nicht dazu geeignet, die drohende Ernennung eines Konkurrenten zu verhindern. Wenn unter den Bewerbern Unstimmigkeiten über die Art und Weise des Verfahrens oder die bevorstehende Entscheidung auftreten, ist es schon aus organisatorischen Gründen zweckmäßig, zunächst die Streitpunkte zu beseitigen, ehe die Ernennung vorgenommen wird.

Darüberhinaus muß auch aus verfassungsrechtlichen Überlegungen jeder Bewerber das Recht bekommen, eine fremde Ernennung solange zu verhindern, bis feststeht, wer denn nun tatsächlich der Beste ist.¹⁾ Die sich aus Art. 33

1) V. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 27 f.; v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 113; in diesem Sinne: Schick, DVBl. 1975, 741, 746; a.A: Isensee, Festgabe, 337, 356; Tietgen, Festschrift, 325, 348.

Abs. 2 GG ergebende Rechtsposition des Bewerbers würde untergraben, wenn er die möglicherweise ungerechtfertigte Ernennung eines Konkurrenten zuerst hinzunehmen hätte und darauf beschränkt wäre, im Nachhinein zu versuchen, sie wieder aus der Welt zu schaffen. Das gilt erst recht, wenn man annimmt, daß eine einmal erfolgte Ernennung infolge ihrer Rechtsbeständigkeit ohnehin nicht wieder rückgängig zu machen ist; dann wäre Art. 33 Abs. 2 GG wirklich nicht mehr als ein bloßes Bewerbungsrecht.¹⁾ Das gilt aber auch, wenn Ernennungen aufhebbar sind, denn Art. 33 Abs. 2 GG garantiert dem Besten nicht nur das Recht, überhaupt irgendwann ernannt zu werden, sondern auch den Anspruch, sofort und unmittelbar auf die eigene Ernennung hinzuwirken.

Entscheidende Voraussetzung für die Zulässigkeit der vorbeugenden Unterlassungsklage²⁾ ist das Rechtsschutzbedürfnis. Es darf dem Kläger nicht zuzumuten sein, abzuwarten, ob und bis es zur Rechtsverletzung kommt.³⁾ Das ist immer der Fall, wenn die fremde Ernennung konkret droht.⁴⁾ Damit ist gewährleistet, daß das Auswahlverfahren nicht schon zu einer Zeit blockiert wird, in der die letzte Entscheidung noch offen ist. Wenn aber schon sichere Anzeichen dafür vorhanden sind, daß die fremde Ernennung demnächst erfolgt, ist die Unterlassungsklage zulässig. Die Zäsur dürfte dort anzubrin-

1) Dazu Schenke, Festschrift, 571, 577 f.; VGH Mannheim, DVBl. 1968, 255, 256; Günther, ZBR 1979, 93, 110 ff.; v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 27 f.; Wolff/Bachof II, § 111 I a.

2) BVerwGE 26, 251, 253; Eyermann/Fröhler, § 42 RN 23 ff.

3) BVerwGE 26, 23, 24 f.; BVerwG, DVBl. 1971, 746 f.; Eyermann/Fröhler, § 42 RN 23.

4) Ule, VerwProzR, S. 175 m.w.H.

gen sein, wo deutlich wird, daß zumindestens bereits eine Vorentscheidung zu Ungunsten des Klägers gefallen ist.

Klagebefugt ist der Kläger, wenn er behauptet, in seinen Rechten aus Art. 33 Abs. 2 GG durch die fremde Ernennung verletzt zu werden. Dazu muß er weiter behaupten, daß nicht der Konkurrent, sondern er selbst als der Beste zu ernennen ist. Andernfalls bestünde die Gefahr einer Popularklage.

Begründet ist die Unterlassungsklage demzufolge, wenn neben der Feststellung, daß tatsächlich die Ernennung eines Konkurrenten droht, bewiesen wird, daß der Kläger der Beste unter allen Kandidaten ist. Unter diesen Umständen ist der Wert einer Unterlassungsklage gegenüber der Verpflichtungsklage im Grunde nicht sehr hoch, da die Anforderungen an die Unterlassungsklage noch größer sind. Dennoch hat auch die Unterlassungsklage ihren Sinn, weil sie mit der Verhinderung der fremden Ernennung ein anderes Ziel verfolgt, als die Verpflichtungsklage.

5. Abschnitt:

Verfassungsbeschwerde

Wenn der Kläger erfolglos den vorgesehenen Instanzenweg durchschritten hat, kommt nur noch eine Verfassungsbeschwerde in Frage. Daran war natürlich nicht zu denken, solange der

Schutz des Art. 33 GG nur auf die öffentlichen Interessen erstreckt wurde. Heute jedoch, wo fast einhellig die Auffassung vertreten wird, das Zugangsrecht bestehe auch zum Schutze des einzelnen Bewerbers, wird auch vielfach eine Verfassungsbeschwerde für zulässig erachtet.¹⁾

Das verdient Zustimmung. Zwar handelt es sich bei der durch Art. 33 Abs. 2 GG vermittelten Rechtsposition nicht um ein Grundrecht. Das ist aber auch nicht notwendig, da Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG ausdrücklich auf Art. 33 GG Bezug nimmt.

6. Abschnitt:

Vorläufiger Rechtsschutz gemäß § 123 VwGO

A. Schutz vor der drohenden Ernennung eines Konkurrenten

Die bisher behandelten Rechtsbehelfe sind gemessen an ihrer Zweckrichtung durchweg geeignet, den Kläger seinem Ziel, ernannt zu werden, näherzubringen. Sie vermögen jedoch nicht zu verhindern, daß - und sei es während des Laufs dieser Rechtsbehelfe - tatsächlich ein anderer Bewerber ernannt wird. Es bedarf keiner Erörterung, daß die Rechtsverwirklichung des Klägers

1) Jung, S. 207; Schick, DVBl. 1975, 741, 747; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 585 f.

dadurch erheblich erschwert oder gar vereitelt würde. Aus diesem Grunde ist der Kläger gut beraten, um vorläufigen Rechtsschutz nachzusuchen.

In der Praxis wird dieser Möglichkeit gerade auch wegen der langen Dauer verwaltungsgerichtlicher Hauptsacheverfahren immer größere Bedeutung beigemessen, so daß auch an dieser Stelle die Voraussetzungen eingehend aufgezeigt werden sollen.

I. Statthaftigkeit der einstweiligen Anordnung

Das Verhältnis der einstweiligen Anordnung zu der Anordnung oder Wiederherstellung aufschiebender Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 VwGO wird in § 123 Abs. 5 VwGO festgelegt. Danach ist ein Antrag nach § 80 VwGO zu stellen, wenn in der Hauptsache über einen Widerspruch oder eine Anfechtungsklage zu entscheiden ist. In allen anderen Fällen, also wenn die Hauptsache eine Verpflichtungsklage, eine allgemeine Leistungsklage, eine Unterlassungsklage oder eine Feststellungsklage betreffen würde, ist eine einstweilige Anordnung im Sinne des § 123 VwGO statthaft. Dies bezieht sich insbesondere auf Situationen, in denen - wie hier - eine Erlaubnis oder ein sonst begünstigender Verwaltungsakt versagt wird.¹⁾ Solange die Ernennung eines Konkurrenten nicht erfolgt ist, kommt eine Anfechtungsklage auch nicht in Betracht, so daß jedenfalls in diesem Stadium durchweg nach

1) Vgl. allg.: Papier, JA 1979, 646 ff.;
Quaritsch, VerwArch. 51 (1960), 210 ff.,
342 ff.

§ 123 VwGO zu verfahren ist.

II. Antragsbefugnis

Entsprechend der Klagebefugnis im Hauptsacheverfahren ist für den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung eine Antragsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO zu verlangen.¹⁾ Die Voraussetzungen dieser Befugnis und ihre Grenzen sind für die Bewerber bereits anläßlich der Verpflichtungsklage erörtert worden.²⁾

III. Streitiges Rechtsverhältnis

Die einstweilige Anordnung kommt nur in Betracht, wenn Rechtsverletzungen des Antragstellers drohen. Als sogenannte Sicherungsanordnung ergeht sie unter der Voraussetzung, daß durch die Veränderung eines bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden kann, als sogenannte Regelungsanordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in bezug auf ein Streitiges Rechtsverhältnis.

Die Abgrenzung zwischen beiden Formen ist

1) Papier, JA 1979, 646, 647; Quaritsch, VerwArch. 51 (1960), 342, 367 f.; Finkelnburg erwähnt diese Voraussetzungen nicht.

2) S.o.S. 32 ff.

nicht immer eindeutig möglich.¹⁾ Der Fall der Sicherungsanordnung ist allerdings recht selten, da die dort vorausgesetzte Änderung des bestehenden Zustandes zumeist durch einen Verwaltungsakt erfolgt und somit der Weg nach § 80 VwGO eröffnet ist. Deshalb ist im Regelfall und in Sonderheit dann, wenn Beamten- und sonstige Statusverhältnisse etc.²⁾, auch die sogenannten Vorbeamtenverhältnisse im Streit sind, eine Regelungsanordnung zu erlassen.³⁾ Dies gilt jedenfalls dann, wenn mit dem Antrag nicht die eigene Ernennung erreicht, sondern nur die fremde vorläufig verhindert werden soll. Es wäre im übrigen ohne Einfluß auf das Ergebnis, wenn eine Sicherungsanordnung für zulässig erachtet würde, da die Voraussetzungen der beiden Anordnungsarten weitgehend identisch sind. Das Gegenargument, die Regelungsanordnung sei einfacher zu erreichen, weil der Antragsteller sich dazu nur eines streitigen Rechts berühren müsse, während er bei der Sicherungsanordnung dieses Recht glaubhaft machen müsse⁴⁾, trifft nicht zu.

-
- 1) Schunck/De Clerk, § 123 Anm. 2 a m.w.H.; a.A.: Finkelnburg, S. 41 ff., der eine strikte Trennung für möglich und notwendig erachtet.
 - 2) Papier, JA 1979, 561, 646, 647; auch Finkelnburg, S. 52, der aber für den Anspruch auf Beförderung eine Sicherungsanordnung für richtig hält, S. 45 f. u. 245 f.
 - 3) A.A.: VG Berlin, ZBR 1974, 391; VG Darmstadt, Beschl. v. 13.4.1982 - I/2 G 604/82 - (nicht veröffentlicht).
 - 4) Finkelnburg, S. 42 f.

Auch hinsichtlich der Regelungsanordnung wird auf dem Weg über die Voraussetzung "nötig erscheint" wieder die Glaubhaftmachung erforderlich.²⁾

IV. Anordnungsgrund

Der antragstellende Bewerber hat gemäß § 123 Abs. 1 VwGO glaubhaft zu machen, daß die vorläufige Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Der dem Antragsteller drohende Nachteil besteht darin, daß ohne eine vorläufige Maßnahme während des Laufes des Hauptsacheverfahrens ein Konkurrent ernannt werden könnte.²⁾ Wenn man dazu die Meinung vertritt, daß eine einmal erfolgte Ernennung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, würde so eine Ernennung des Antragstellers unmöglich gemacht, sein Ernennungsanspruch vereitelt.³⁾

Ein Nachteil ist aber auch zu bejahen, wenn man eine Ernennung für aufhebbar hält. Die fremde Ernennung erschwert schon durch ihre bloße Existenz die eigene Ernennung in nicht unerheblicher Weise, da sie meist nur mittels eines selbständigen Klageverfahrens beseitigt werden kann. Neben einem beträchtlichen Prozeßrisiko hätte der Kläger auch noch große Zeitverzögerungen und organisatorische Schwierigkeiten zu erwarten.

1) Dazu s.u. III.

2) Vgl. VG Berlin, ZBR 1974, 391, 393; VG Darmstadt, Beschl. v. 13.4.1982 - I/2 G 604/82.

3) So z.B. VGH Mannheim, DVBl. 1968, 255, 258; VG Berlin, ZBR 1974, 391, 391.

rigkeiten bei der erneuten Umbesetzung des Amtes in Kauf zu nehmen. Damit kann an dieser Stelle der aufgezeigte Meinungsstreit offenbleiben, jedenfalls entstünde dem Antragsteller ein Nachteil.

Ferner muß die Anordnung zur Abwehr dieses Nachteils nötig erscheinen. Ob dies der Fall ist, wird durch eine Vorausbeurteilung der in der Hauptsache zu erhebenden Klage festgestellt: Ist bei summarischer Prüfung die Hauptsacheklage offensichtlich aussichtslos, ist die Regelung nicht notwendig. Wenn dagegen die Klage in der Hauptsache offensichtlich begründet ist, rechtfertigt sich damit allein noch nicht der Erlaß einer einstweiligen Anordnung. Für eine Regelungsanordnung besteht in diesem Fall vielmehr nur dann eine Notwendigkeit, wenn dem Antragsteller zusätzlich nicht zugemutet werden kann, sein Obsiegen in der Hauptsache abzuwarten.¹⁾

Wenn jedoch die Sach- und Rechtslage weder in der einen noch in der anderen Richtung offensichtlich ist, muß eine umfassende Güter- und Interessenabwägung stattfinden.²⁾ Hier stehen sich dann das Interesse des Antragstellers am Erlaß einer einstweiligen Anordnung, insbesondere am Schutz vor Nachteilen durch die drohende Rechtsbeeinträchtigung, und das Interesse

1) Finkelnburg, S. 56 f.; Papier,, JA 1979, 646, 648; Quaritsch, VerwArch. 51 (1960), 342, 370 f.

2) BVerwGE 50, 124, 134; VGH Baden-Württemberg, ZBR 1977, 368, 369 mit Anm. von Brause, ZBR 1977, 369, 370; OVG Münster 19, 81, 83; Eyermann/Fröhler, § 123 RN 7; Finkelnburg, S. 57; Papier, JA 1979, 646, 648.

des Staates am Nichterlaß der einstweiligen Anordnung, also an der ungehinderten Durchsetzung der ins Auge gefaßten Maßnahmen gegenüber. Im Zuschnitt auf die beamtenrechtliche Konkurrenzsituation bedeutet dies, daß eine einstweilige Anordnung dann erfolgt, wenn die dem Antragsteller durch eine Besetzung des freien Amtes mit einem anderen Bewerber entstehenden Nachteile, die auch durch ein späteres Obsiegen in der Hauptsache nicht wieder ausgeglichen werden können, diejenigen Nachteile überwiegen, die dem Dienstherrn durch die vorläufige Nichtbesetzung entstehen.

In erster Linie kommt es also darauf an, ob der Antragsteller offensichtlich einen Ernennungsanspruch besitzt, oder, wie auch formuliert werden könnte, schon bei kursorischer Prüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit absehbar ist, daß die Ablehnung rechtswidrig war. Dabei ist zu berücksichtigen, daß in aller Regel allenfalls ein Anspruch auf Neubescheidung bzw. auf erneute Beurteilung in Betracht kommt. Für solche Fälle ist streitig¹⁾, ob überhaupt eine einstweilige Anordnung ergehen kann. Einer Ansicht zufolge ist eine einstweilige Anordnung deshalb ausgeschlossen, weil ja offensichtlich gerade kein unmittelbarer Anspruch auf die gewünschte Er-

1) Vgl. allgemein: OVG Münster, JZ 1962, 322 f.; OVG Münster, OVG 13, 123.

nennung existiert.¹⁾ Die Gegenmeinung läßt einen vorläufigen Rechtsschutz auch zu, wenn der Antragsteller nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat.²⁾

Dem ist mit der Begründung zuzustimmen, daß aus einem Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung im Wege der Reduzierung auf Null ohne weiteres ein direkter Anspruch entstehen kann und dem Antragsteller nicht von vorneherein die Chance genommen werden darf, diesen Anspruch zu sichern. Es soll nicht die Vereitelung des Beförderungsanspruchs verhindert, sondern das Recht auf chancengleiche Behandlung der Bewerbung gesichert werden. Nach allem ergeht eine einstweilige Anordnung nicht, wenn ein Anspruch des Antragstellers auf Ernennung oder Neubescheidung offensichtlich nicht besteht. Ergibt die summarische Prüfung jedoch die Begründetheit der Hauptsacheklage, wird die Regelungsanordnung erlassen, wenn dem Antragsteller das Abwarten auf die Hauptsacheentscheidung nicht zugemutet werden kann.

Davon ist normalerweise auszugehen, weil die ihm durch die vorzeitige Ernennung eines Konkurrenten erwachsenden Nachteile, selbst wenn er die Klage gewinnt, die Nachteile überwiegen, die dem Dienstherrn durch die vorübergehende Nichtbesetzung des Amtes entstehen.

-
- 1) OVG Berlin, Urt. v. 15.12.1970 -IV B 85/70-; Eyermann/Fröhler, § 123 RN 13; Redeker/v. Oertzen, § 123 RN 8.
- 2) VGH Mannheim, DVBl. 1968, 255, 256; VG Berlin, ZBR 1974, 391, 392; Finkelnburg, S. 46 und 245 f.; Kopp, § 123 Anm. 3.

Abzulehnen ist demgegenüber die Auffassung, der Erlaß einer einstweiligen Anordnung sei schon deshalb gerechtfertigt, weil die Zulässigkeit der beamtenrechtlichen Konkurrenzklage noch nicht allgemein anerkannt sei und dem Antragsteller aus diesem Grunde nicht zugemutet werden könne, die Ernennung eines Konkurrenten abzuwarten, ehe er selbst Rechtsschutz in Anspruch nehme.¹⁾ Mit dieser Argumentation böte jede juristische Streitigkeit Grund zum Erlaß einer einstweiligen Anordnung.

V. Inhalt der einstweiligen Anordnung

Wenn die Voraussetzungen zum Erlaß einer einstweiligen Anordnung erfüllt sind, hat das Gericht gemäß § 123 Abs. 6 VwGO in Verbindung mit § 938 Abs. 1 ZPO nach freiem Ermessen zu bestimmen, welche Anordnungen zum Erreichen des Zwecks erforderlich sind. Doch kann das Gericht nicht mehr anordnen, als der Antragsteller im Hauptsacheverfahren erreichen könnte. Daraus folgt für den Fall, daß die Ernennung im Ermessen der Behörde steht, das Verbot, die Ernennung selbst anzuordnen. Auch kann sich das Gericht nicht über einen Beurteilungsspielraum hinwegsetzen und eine Anordnung auf der Grundlage einer eigenen Beurteilung erlassen. Möglich sind dagegen alle Anordnungen, die die Spielräume der Verwaltung unangetastet lassen.²⁾

1) Vgl. VG Berlin, ZBR 1974, 391, 392; Finkelnburg, S. 62; Papier, JA 1979, 646, 648.

2) VG Darmstadt, Beschl. v. 13.4.1982 -I/2 G 604/82-.

Eine weitere Einschränkung folgt daraus, daß im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes die Hauptsacheentscheidung nicht vorweggenommen werden darf.¹⁾ Dies gilt allerdings nur im Grundsatz. Z.B. ist auch schon eine vorläufige Zulassung zum Vorbereitungsdienst durch Anordnung der Ernennung eines Beamten auf Widerruf ausgesprochen worden.²⁾ Das dürfte unbedenklich sein, wenn die Ernennung bei Erlaß der Hauptsacheentscheidung ggf. wieder rückgängig gemacht werden kann. Eine entsprechende Klausel müßte dazu ausdrücklich in die Anordnung aufgenommen werden, da der reguläre Widerruf der Ernennung gemäß §§ 11, 12 BBG nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist, die diesen Fall nicht erfassen. Empfehlenswerter ist es, nicht sofort eine Ernennung auszusprechen, sondern nur eine vorläufige Dienstposten- oder Aufgabenzuweisung vorzunehmen, die die Statusverhältnisse unberührt läßt. In jedem Fall kann mittels einer einstweiligen Anordnung die Ernennung eines Konkurrenten vorläufig verhindert werden, und zwar solange, bis endgültig feststeht, welcher der Bewerber zu ernennen ist. Hierzu ist ein Verbot auszusprechen, das Amt schon vorab zu besetzen.³⁾

1) Finkelnburg, S. 63 ff.

2) BayVGh, ZBR 1973, 27; BayVGh, NJW 1976, 1858; VG Würzburg, ZBR 1973, 245; Hessischer VGh, ZBR 1975, 223; Finkelnburg, S. 243.

3) VGh Baden-Württemberg, DVBl. 1968, 255, 256 und ZBR 1977, 368, 369; OVG Lüneburg, DVBl. 1976, 403, 404; VG Berlin, ZBR 1974, 391ff., VG Darmstadt, Beschl. v. 13.4.1982 -I/2 G 604/82-; Finkelnburg, S. 247; Schick, DVBl. 1975, 741, 746; Solte, ZBR 1972, 109, 112.

B. Einstweilige Anordnung hinsichtlich einzelner
Verfahrenshandlungen

Gemäß § 44 a VwGO können im Hauptsacheverfahren einzelne Verfahrensmaßnahmen nicht isoliert, sondern nur inzidenter im Rahmen von Klagen gegen die Endentscheidungen angegriffen werden.¹⁾ Für den vorläufigen Rechtsschutz, der die Hauptsacheverfahren nicht übertreffen darf, gelten dieselben Grundsätze. Einstweilige Anordnungen können daher nur mit dem Ziel beantragt werden, die Bewerbung des Antragstellers entgegnzunehmen oder zu bescheiden. Unzulässig sind Anträge, die sich auf einzelne Maßnahmen innerhalb des Auswahlverfahrens beziehen, wie z.B. auf die Berücksichtigung bestimmter Beurteilungen etc. Es ist logisch nicht möglich, die Zugrundelegung bestimmter Auswahlkriterien vorläufig zu verbieten, die endgültige Entscheidung aber zu akzeptieren. Auch hier muß die einstweilige Anordnung immer die eigene Ernennung oder die Verhinderung der fremden Ernennung einbeziehen.

C. Vorläufige Ernennung des Antragstellers

Solange das betreffende Amt noch nicht besetzt ist, kommt auch ein Antrag des Bewerbers auf vorläufige Ernennung in Betracht, der sich auf den Erlaß einer Sicherungsan-

1) S. o. S. 164.

ordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO beziehen würde.¹⁾ Eine derartige Anordnung setzt das Bestehen eines Sicherungsanspruches und eines Sicherungsgrundes voraus, wobei alle notwendigen Merkmale vom Antragsteller glaubhaft zu machen sind.²⁾ Hinsichtlich des Sicherungsanspruchs wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen, in Sonderheit darauf, daß nach richtiger Auffassung auch ein Anspruch auf Neubescheidung den Erlaß einer einstweiligen Anordnung rechtfertigen kann.

Ein Sicherungsgrund verlangt die Gefahr, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Durchsetzung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Diese Gefahr besteht schon immer dann, wenn die Vergabe des Amtes an einen anderen Bewerber droht³⁾, so daß eine einstweilige Anordnung zulässig ist. Diese Überlegung zeigt im übrigen, daß tatsächlich kein wesentlicher Unterschied zwischen der Regelungs- und der Sicherungsanordnung besteht.⁴⁾

1) Finkelburg, S. 621.

2) Finkelburg, S. 43 ff.; Papier, JA 1979, 646, 647; Quaritsch, VerwArch. 51 (1960), 210, 232 ff.

3) S.o.S. 215 f.; Finkelburg, S. 246, der allerdings von der Unzulässigkeit einer Konkurrentenklage ausgeht.

4) S.o.S. 172 ff.

Damit steht aber noch nicht fest, daß dem Antragsteller das freie Amt vorläufig zuge-
wiesen werden kann. Der Inhalt der einstwei-
ligen Anordnung hat sich vielmehr an den be-
sonderen Grundsätzen des Beamtenrechts zu
orientieren. Hier ist zunächst entscheidend,
daß eine vorläufige Berufung in das Beamten-
verhältnis, also eine Ernennung i.e.S., nach
herrschender Lehre nicht zulässig ist¹⁾ und
eine endgültige Berufung in ebenfalls unzu-
lässiger Weise die Hauptsache vorwegnahme.

Möglich wäre danach allenfalls eine vorläu-
fige Beförderung des Antragstellers. Inso-
weit ist aber nicht ersichtlich, warum eine
derartige Anordnung zum Erreichen des Zwecks,
der Sicherung der Rechte des Antragstellers,
erforderlich sein könnte. Ihm ist im Regelfall
hinreichend damit gedient, wenn vorläufig das
Amt unbesetzt bleibt, bis die Rechtslage ge-
klärt ist. Seine eigene vorläufige Amtsein-
weisung würde ihn gegenüber den anderen Kon-
kurrenten bevorteilen und nun ggf. diese zur
Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes
animieren. Zudem stünden die Interessen des
Dienstherrn einer vorläufigen Amtseinweisung
des Antragstellers entgegen.²⁾ Einstweiliger
Rechtsschutz in diesem Sinne findet daher nicht
statt.

1) VGH Baden-Württemberg, ZBR 1977, 368, 369;
a.A.: Finkelnburg, S. 246.

2) Vgl. VG Münster, ZBR 1972, 146, 148; Fin-
kelnburg, S. 247.

2. Kapitel:

Die Amtskonkurrenz nach der Ernennung eines Konkurrenten

In den bisher behandelten Fällen ging es dem Kläger bzw. dem Antragsteller darum, seine eigene Ernennung zu erreichen und die eines Konkurrenten zu verhindern. Mit diesem Begehren wird der Kläger aber oftmals schon deshalb zu spät kommen, weil er keine Kenntnis vom jeweiligen Stand des Ernennungsverfahrens besitzt und regelmäßig erst durch die bereits erfolgte Ernennung von der Tatsache seiner Ablehnung erfährt. Dementsprechend kann dann sein Interesse nicht mehr darauf beschränkt sein, sich selbst die freie Stelle zu sichern. Jetzt muß er zusätzlich gegen die fremde Ernennung kämpfen, um sich den Weg zum Ziel der eigenen Ernennung wieder zu öffnen.

Als Klageart kommt zunächst die Anfechtungsklage in Betracht, mit der der zurückgesetzte Bewerber die Aufhebung der fremden Ernennung begehrt. Im Erfolgsfalle liefere das Auswahlverfahren in bezug auf die nun wieder freie Stelle erneut an, verbunden mit einer neuen Chance für den Kläger. Anzuschließen wäre dann ggf. eine Verpflichtungsklage, wie sie im vorherigen Kapitel erörtert wurde. Daneben kann auch hier an eine Feststellungsklage, eine Verfassungsbeschwerde sowie an die Beantragung vorläufigen Rechtsschutzes gedacht werden.

1. Abschnitt:

Anfechtungsklage, gerichtet auf die Auf- hebung der fremden Ernennung

A. Zulässigkeit der Anfechtungsklage

I. Klageart

Die Anfechtungsklage ist deshalb die richtige Klageart, weil das Begehren des Klägers in diesem Fall auf die Aufhebung der einem Konkurrenten zuteil gewordenen Ernennung als eines Verwaltungsakts gerichtet ist. Es wird jedoch auch vertreten, daß die Anfechtungsklage durch eine Verpflichtungsklage ersetzt werden könne. Zur Begründung dieser Auffassung wird argumentiert¹⁾, daß die Verpflichtungsklage darauf gerichtet sei, sowohl den den Antrag des Klägers ablehnenden wie auch den dem Antrag des Konkurrenten stattgebenden Bescheid aufzuheben (Neutralisationsfunktion der Verpflichtungsklage). An anderer Stelle²⁾ heißt es, da das Ziel der Klage nicht die Aufhebung einer Belastung, sondern die Erreichung eines vorteilhaften Zustandes sei, könne die Anfechtungsklage, die den status negativus gegen

1) Eyermann/Fröhler, § 42 RN 89; vgl. dazu allgemein: Schenke, Festschrift, 571, 594.

2) Isensee, Festgabe, 337, 353.

Eingriffe verteidige, nicht die richtige Klageart sein; es müsse eine Verpflichtungsklage erhoben werden, die den status positivus schütze.

Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Es ist zwar richtig, daß letztlich vom Kläger die eigene Ernennung angestrebt wird, die nur mit einem Verpflichtungsantrag begehrt werden kann. Und selbstverständlich enthält eine Verpflichtungsklage inzidenter den Antrag auf Aufhebung des die begehrte Leistung ablehnenden Bescheides. Dies bedeutet aber, daß im Falle des Obsiegens mit der Verpflichtungsklage nur der dem Kläger erteilte Ablehnungsbescheid kassiert würde. Damit ist jedoch nichts in bezug auf die Ernennung des Konkurrenten erreicht; diese bliebe weiterhin unangetastet.¹⁾

Die Verpflichtungsklage geht nicht so weit, daß sie zugleich mit dem Ziel der eigenen Begünstigung des Klägers die Aufhebung der einem anderen zugesprochenen Begünstigung verfolgen würde. Dazu ist vielmehr zusätzlich die Erhebung eines Anfechtungsantrags notwendig. Wenn wie bei der Konkurrentenklage das Glück des einen und das Leid des anderen Bewerbers unmittelbar miteinander verknüpft sind, ist die Anfechtungsklage sogar gegenüber der Verpflichtungsklage logisch vorrangig, da nur freie Stellen vergeben werden können. Möglich ist allerdings, beide Klagen zu verbinden²⁾, um eine Verfahrensbeschleunigung zu erreichen.

1) Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 286.

2) Schick, DVBl. 1975, 741, 747.

Unter Umständen kann sich auch die Erhebung einer Verpflichtungsklage so auslegen lassen, daß damit zugleich die Anfechtung der Fremd-ernennung erstrebt wird.¹⁾

II. Klagebefugnis

Im ersten Kapitel hat sich gezeigt, daß die Frage nach der Klagebefugnis in rechtlicher Hinsicht ein Zentralproblem im Rahmen der Ernennungsklage darstellt. Das gleiche gilt für die Anfechtungsklage, wenn auch mit leicht veränderter Akzentuierung. Hinsichtlich der dogmatischen Bedeutung der Klagebefugnis für die Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Verfahren und ihrer generellen Voraussetzungen wird auf die Ausführungen im ersten Kapitel verwiesen.

Die hauptsächliche Problematik der Klagebefugnis liegt hier dementsprechend auch nicht bei der Frage, ob eine fehlerhafte Ablehnung der Ernennung überhaupt Rechtspositionen des von ihr betroffenen Klägers tangiert. Dazu ist bereits erörtert, daß Art. 33 Abs. 2 GG auch speziell die rechtlichen Interessen des Bewerbers schützen will und ihn nicht etwa nur reflexartig begünstigt.²⁾ Der Streitpunkt ist vielmehr, ob allein die Tatsache, daß einer der Bewerber ernannt worden ist, überhaupt die anderen Bewerber trifft, oder ob die fremde Ernennung den anderen Bewerbern in rechtlicher Hinsicht gleichgültig sein und sie aus diesem Grunde von ihnen auch nicht angefochten werden kann.

1) Schenke, Festschrift, 571, 594.

2) S. o. S. 120 ff.

1. Meinungsstand

Teilweise wird die Klagebefugnis für die gegen eine fremde Ernennung gerichtete Anfechtungsklage verneint. Die Begründung geht verschiedentlich dahin, daß die Fremdernennung ein Verwaltungsakt sei, der sich nicht unmittelbar gegen die nicht ernannten Bewerber richte, so daß diese kein rechtlich schützenswertes Interesse an einer Anfechtungsklage hätten.¹⁾ Die Möglichkeit einer Drittklage bestehe nicht, da kein trotz Ambivalenz identischer Verwaltungsakt vorliege; die Einstellung und die Abweisung seien rechtlich selbständige Entscheidungen über verschiedene Anträge.²⁾ Zur Ablehnung der Klagebefugnis wird weiter ausgeführt, daß sich das Auswahlverfahren durch die Ernennung des Bevorzugten erledigt habe; als Surrogat der nunmehr unzulässigen Verpflichtungsklage trete die Fortsetzungsfeststellungsklage ein.³⁾

Eine starke Meinung steht demgegenüber auf dem Standpunkt, daß der Bewerber auch im Hinblick auf die einem anderen zuteil gewordene Ernennung klagebefugt sei. Die Ernennung bilde einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung, also eine Regelung, die sowohl den einen Bewerber

1) Hessischer VGh, VerwRspr. 21 (1970), 787 f.

2) Isensee, Festgabe, 337, 355.

3) Isensee, Festgabe, 337, 354; Tietgen, Festschrift, 325, 342.

begünstige als auch die anderen treffe¹⁾ und sie in ihren schutzwürdigen Interessen berühre.²⁾

2. Stellungnahme

Im Unterschied zur Verpflichtungsklage, bei der sich die Antragstheorie durchsetzt, richtet sich die Klagebefugnis bei der Anfechtungsklage im Normalfall nach der Adressatentheorie.³⁾ Hier ist der substantiierte Vortrag des Klägers, in seinen Rechten verletzt zu sein, nicht erforderlich, wenn er Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes ist. Dann ergibt sich die Klagebefugnis schon allein aus der Adressatenstellung. Die innere Rechtfertigung der Adressatentheorie erwächst aus der in solchen Fällen immer bestehenden Möglichkeit der Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG.⁴⁾

Auf die beamtenrechtliche Anfechtungsklage kann die Adressatentheorie allerdings nur eingeschränkt angewendet werden. Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes ist der Kläger lediglich dann, wenn an ihn eine Ablehnung seiner Bewerbung erlassen worden ist. In diesem Fall ist er ohne weiteres klagebefugt.

1) EuGH, DVBl. 1975, 773; OVG Rheinland-Pfalz, ZBR 1975, 117, 118; VG Hannover, DVBl. 1977, 584; Kopp, § 42 RN 81, § 113 RN 89; v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 105; Scheerbarth/Höffken, § 6 V 2, S. 87 f.; Schenke, Festschrift, 571, 580 f.; Schick, DVBl. 1975, 741, 746 f.; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 286; Siegmund-Schultze, VerwArch. 73 (1982), 137, 144.

2) Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 286.

3) Achterberg, DVBl. 1981, 278; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 125.

4) Achterberg, DVBl. 1982, 278, 279.

Eine entsprechende Klage bringt ihn jedoch seinem Ziel, der eigenen Ernennung, nicht wesentlich näher, da er so die fremde Ernennung nicht antasten kann. Diese Ernennung wiederum ist nicht an seine Adresse gerichtet worden, so daß insoweit die Adressatentheorie ausscheidet.

In diesen Fällen muß vielmehr die Möglichkeitstheorie - basierend auf dem Schutznormgedanken - herangezogen werden.¹⁾ Danach ist die Klagebefugnis zu bejahen, wenn es nach der Behauptung des Klägers als möglich erscheint, daß er in seinen rechtlich geschützten Interessen verletzt ist.²⁾ Dabei ist streitig, wie weit bereits in der Zulässigkeitsprüfung die Rechtsverletzung zu untersuchen ist. Während vorwiegend die Rechtsprechung schon an dieser Stelle eingehend prüft, ob ein Recht des Klägers, dessen Schutz er mit der Anfechtungsklage begehren kann, besteht³⁾, vertritt die Literatur überwiegend den Standpunkt, daß die tatsächliche Rechtsverletzung erst im Rahmen der Begründetheit zu erörtern ist.⁴⁾ Die Ansicht der Rechtsprechung ist abzulehnen, da sie dazu führt, daß schon in die Zulässigkeitsprüfung

-
- 1) Achterberg, DVBl. 1981, 278, 279; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 126.
 - 2) Achterberg, DVBl. 1979, 278, 279; Fromm, VerwArch. 56 (1965), 26, 30 ff.; Kopp, § 42 RN 79 ff.; Rammel, S. 30 f.; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 286.
 - 3) BVerwGE 17, 306, 307 f.; BVerwG, DVBl. 1969, 365, 366 f.
 - 4) Friauf, DVBl. 1969, 368, 369, Friauf, DVBl. 1971, 713, 714 ff.; Mössner, JuS 1971, 131, 132; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 128.

weittragende materiell-rechtliche Probleme hineingezogen werden.¹⁾ Materielle Rechtsfragen gehören aber, schon um § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO nicht leerlaufen zu lassen in die Begründetheitsprüfung. Im Rahmen der Klagebefugnis, die nur der Ausschaltung von Popularklagen dient, genügt die Feststellung, daß der Kläger von der angegriffenen Verwaltungsmaßnahme rechtlich betroffen und nicht nur tatsächlich berührt ist.²⁾

a) Vergleich mit anderen Rechtsgebieten

Ein Vergleich mit anderen Rechtsgebieten zeigt, daß es durchaus Konstellationen gibt, in denen auch solche Personen klagebefugt sind, die nicht als direkte Adressaten eines Verwaltungsakts bezeichnet werden können.³⁾ Solche Fälle haben oftmals unter der Überschrift der Drittinteressentenklage Eingang in die Praxis und die Literatur gefunden. Immer geht es darum, daß der Kläger sich gegen die einem Dritten zuteil gewordene Begünstigung wendet. So beispielsweise ist die bau-

1) Friauf, DVBl. 1969, 368, 369.

2) Friauf, DVBl. 1969, 368, 369 f.

3) Dazu ausführlich: Fromm, VerwArch. 56 (1965), 26 ff.; Rammel, S. 6 ff.; Thiele, ZBR 1980, 133 f.

rechtliche Nachbarklage¹⁾ anerkannt, mit der ein Nachbar sich gegen die seinem Nachbarn erteilte Baugenehmigung mit der Begründung zur Wehr setzen kann, seine Rechte seien durch die Genehmigung verletzt. Gleichgelagerte Probleme sind beispielsweise aus dem Wasserhaushaltsrecht, dem Gewerberecht²⁾, dem Immissionsschutzrecht⁴⁾, dem Atomrecht⁵⁾, dem Luftverkehrsrecht⁶⁾ und dem Gaststättenrecht³⁾ bekannt.

Darüberhinaus ist auch der Begriff der Konkurrenzklage nicht auf das Beamtenrecht beschränkt. Insbesondere im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts⁷⁾ sind Rechtsschutzfragen bei Konkurrenzverhältnissen an der Tagesordnung. Hier geht es darum, daß staatliche Stellen durch marktspezifische Eingriffe den Wettbewerb lenken, d.h. manche Wettbewerbsteilnehmer, um ein Beispiel zu nennen,

-
- 1) Bartlsperger, DVBl. 1971, 723, 728 ff.; Evers, JuS 1962, 87, 88 ff.; Eyermann/Fröhler, § 42 RN 98; Friauf, DVBl. 1971, 713, 714 ff.; Fromm, VerwArch. 56 (1965), 26, 48 ff.; Redeker/v.Oertzen, § 42 RN 132 ff.; Wolff/Bachof III, § 136 VI d.
 - 2) Bettermann, NJW 1961, 1097, 1098 f.; Scholz, WirtschaftsR 1972, 35, 41 ff., 45 ff., 53 ff.
 - 3) Demme, DVBl. 1967, 758, 759 ff.; Scholz, WirtschaftsR 1972, 35, 41 ff.
 - 4) Vgl. §§ 4 ff. BImSchG.
 - 5) BVerwG, DVBl. 1972, 678 f.
 - 6) §§ 6, 8 Luftverkehrsgesetz; dazu Remmel, S. 10.
 - 7) Vgl. Remmel, S. 6 ff.; Scholz, WirtschaftsR 1972, 35, 41 ff.

durch Subventionen begünstigen, während sie anderen den Genuß von Zuschüssen versagen.[°] Eine andere Art der staatlichen Reglementierung ist die Eingriffsverwaltung, die einige belastet und andere verschont. Das Verlangen nach Rechtsschutz bedeutet hier die Forderung nach Anfechtung einer dem Konkurrenten gewährten Begünstigung oder nach Aufhebung einer selbst erlittenen Belastung.

Obwohl die Obergerichte bereits häufig mit dieser Problematik befaßt waren, kann von einer sich im Laufe der Zeit entwickelten klaren Linie nicht die Rede sein. So gestand das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen des Berufszulassungsrechts einem Personenbeförderungsunternehmer das Recht zu, die neu erteilte Zulassung eines Konkurrenten anzugreifen.¹⁾ In einer anderen Entscheidung untersagte es im Bereich des Eisenbahnrechts dem betroffenen Unternehmen, Klage gegen die Gewährung von Ausnahmetarifen zugunsten einiger Mitbewerber zu führen.²⁾ Erstaunlich ist dabei der Umstand, daß in beiden Fällen gleichlautende Vorschriften die Urteilsgrundlage bildeten.³⁾

Ähnlich schwer tat sich die Rechtsprechung im Subventionsrecht.⁴⁾ Hier wurde die Klagebe-

1) BVerwGE 2, 141, 142; BVerwGE 9, 340, 341.

2) Z.B. BVerwGE 21, 338, 339 f.

3) § 8 Allgemeines Eisenbahngesetz; dazu Remmel, S. 14 ff., der noch weitere Fallgestaltungen aufzählt.

4) BVerwGE 10, 123, 124.

fugnis solcher Marktteilnehmer, die eine Subvention nicht bekommen hatten, für Klagen gegen die einem Konkurrenten gewährte Subvention zunächst stets mit der Begründung verneint, der Kläger sei durch die Subventionsgewährung an Dritte nicht in seinen Rechten verletzt; es stünden nur wirtschaftliche Interessen und nicht subjektive Rechte des Klägers zur Debatte. Diese Ansicht läßt sich allerdings nicht mehr aufrechterhalten, seit die Klagebefugnis nicht mehr aus dem Bestehen subjektiver Rechte, sondern allein schon aus dem Vorhandensein schutzwürdiger Interessen hergeleitet wird.¹⁾ Daß eine ungerechte Subventionsverteilung schutzwürdige Interessen der Mitbewerber verletzen kann, bedarf dabei keiner weiteren Erläuterung. Aus diesem Grunde ist heute im Subventionsrecht die Klagebefugnis allgemein unter der Voraussetzung anerkannt, daß der Unternehmer geltend macht, durch die staatlichen Maßnahmen in seinen schutzwürdigen Interessen willkürlich vernachlässigt worden zu sein.²⁾

b) Besonderheiten im Beamtenrecht

Wenn entsprechend den vorstehenden Überlegungen bei einer rechtlichen Verknüpfung verschiedener Interessen auch solchen Bürgern die Klagebefugnis zuerkannt wird, die nicht Adressat eines belastenden Verwaltungsakts sind, so muß die Klagebefugnis erst

1) S. o. S. 32 ff.

2) BVerwGE 30, 191, 192 f.; Friauf, DVBl. 1969, 368 ff.

recht dem abgewiesenen Beamtenbewerber zugestanden werden. Die Rechtsstellungen der einzelnen Bewerber sind untereinander noch stärker verknüpft, als in den vorgeschilderten Konkurrenz- und Wettbewerbssituationen.

Diese enge Verbindung rührt zunächst daher, daß die Ernennung des einen Bewerbers automatisch zugleich die Ablehnung der anderen bedeutet. Ebenso wie im Wirtschaftsverwaltungsrecht und im Wettbewerbsrecht ist die einem Bewerber zugeflossene Begünstigung als Verwaltungsakt mit Doppelwirkung zu qualifizieren.¹⁾

Nicht zu überzeugen vermag die Behauptung der Gegenmeinung, wonach die Übereinstimmung der Fallkonstellation mit den anerkannten Bereichen der Drittklage nur scheinbar bestehe²⁾, in Wirklichkeit die Ernennung des einen Bewerbers jedoch nicht unmittelbar die anderen Bewerber in ihren Rechten verletzen könne.³⁾ Diese Betrachtungsweise erscheint oberflächlich. Der Rechtsschutz des Bewerbers wäre lückenhaft, wenn er eine Beeinträchtigung seiner Rechte oder wenn er Pflichtverstöße seiner (späteren) Vorgesetzten hinnehmen müßte, nur weil sie aus Anlaß einer nicht gegen ihn gerichteten Maßnahme oder Entscheidung verursacht worden sind.⁴⁾

1) OVG Rheinland-Pfalz, RiA 1975, 98; v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 105; Schick, DVBl. 1975, 741, 746 f.; Solte, ZBR 1972, 109, 112; Thiele, ZBR 1980, 133, 136.

2) Isensee, Festgabe, 337, 354 f.

3) Hessischer VGH, VerwRspr. 21 (1970), 787 f.

4) BVerwGE 53, 23, 24 f. zum Soldatenrecht.

Vielmehr ist davon auszugehen, daß die Ernennung eines Bewerbers zugleich die Ablehnung der anderen enthält. Da sich alle Bewerber im Auswahlverfahren gegenüberstehen und aneinander gemessen und miteinander verglichen werden, bildet die Wahl des einen zwangsläufig die Abwahl des anderen. Die Entscheidung zugunsten eines Bewerbers besiegelt das Schicksal seiner Konkurrenten. Unter diesen Umständen wäre es reiner Formalismus, die Klagebefugnis auf solche Bewerber zu beschränken, die einen förmlichen Ablehnungsbescheid erhalten haben.¹⁾ Der ablehnende Bescheid hat keine andere Bedeutung als die bloße Mitteilung von der Ablehnung; er stellt lediglich den Zugang der Ablehnung sicher. Ergoht ein solcher Bescheid - wie in aller Regel - nicht, so wird die Mitteilung durch die tatsächliche Kenntniserlangung von der Ablehnung ersetzt. Dieser Zeitpunkt ist dann zugleich ausschlaggebend für den Lauf der Rechtsmittelfristen.

Auch kann der Gegenmeinung nicht zugestimmt werden, wenn sie behauptet, die Doppelwirkung einer Subventions- oder Baugenehmigung berühre die eine Partei im "status positivus", die andere im "status negativus"; dagegen spiele sich die Konkurrenz um einen Dienstposten ausschließlich im "status positivus" ab, so daß die Abweisung kein Eingriff sei.²⁾ Ein Statusunterschied in diesem Sinne zwischen dem nicht ernannten Bewerber und beispielsweise

1) Vgl. Tietgen, DVBl. 1963, 513 f.

2) Isensee, Festgabe, 337, 355.

dem nicht subventionierten Unternehmer ist nicht erkennbar.

Ohne Bedeutung ist die Ansicht, die Subventions- und die Nachbarklage verteidigten ein materielles Recht, während die Beamtenklage lediglich ein formelles Recht (auf Eröffnung eines neuen Auswahlverfahrens) geltend mache.¹⁾ Selbst wenn dies zutreffen sollte, spräche es nicht gegen die Qualifizierung der Ernennung als Verwaltungsakt mit Doppelwirkung. Diese Qualifizierung ist unabhängig von der Frage, welche Folgewirkungen daraus herzuleiten sind und wie intensiv der sich daraus ergebende Rechtsschutz ist.

Abzulehnen ist ferner die Ansicht, es könne sich auch deshalb nicht um einen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung handeln, da sich - anders als im öffentlichen Unternehmens- und Nachbarrecht - der Kreis der Eingriffsbetroffenen nicht abgrenzen lasse.²⁾ Ob jemand von einem Verwaltungsakt betroffen ist, hängt nicht davon ab, wieviele andere zusätzlich betroffen sein mögen. Außerdem ist auch z.B. bei atomrechtlichen Genehmigungen stets von einer großen und kaum abgrenzbaren Zahl Betroffener auszugehen.³⁾ Schließlich besteht eine Begrenzung der Klagebefugnis auf die tatsächlichen Bewerber, nicht etwa auf die nach Neigung und Befähigung möglichen Kandidaten⁴⁾, wobei der Kreis der Anfechtungsberechtigten allerdings kaum übersehbar wäre.

1) Isensee, Festgabe, 337, 355.

2) Isensee, Festgabe, 337, 355.

3) Schenke, Festschrift, 571, 580.

4) So aber Isensee, Festgabe, 337, 355.

Somit ist festzuhalten, daß alle nicht ernannten Bewerber Adressaten eines ablehnenden Verwaltungsakts und damit klagebefugt sind. Die häufige Tatsache, daß den abgewiesenen Bewerbern kein förmlicher Bescheid zugestellt wird, spielt insoweit keine Rolle.¹⁾

3. Entfall der Klagebefugnis durch die Ernennung eines Konkurrenten

Stellenweise wurde und wird die Meinung vertreten, daß sich alle Bewerbungen und die auf Ernennung gerichteten Rechtsmittel in dem Moment erledigen, in dem das Amt vergeben ist. Ein zu Unrecht abgewiesener Bewerber könne jetzt allenfalls noch Schadensersatzansprüche geltend machen, so daß die Klagebefugnis für eine Ernennungsklage entfalle. Als Surrogat trete die Fortsetzungsfeststellungsklage ein.²⁾

Diese Ansicht ist aus zwei Gründen abzulehnen. Zunächst ist der Ausgangspunkt nicht zutreffend, wonach die Ernennung des einen Bewerbers eine Ernennung des anderen automatisch unmöglich macht. Vielmehr kann auch eine einmal erfolgte Ernennung nach hier vertretener Auffassung wieder aufgehoben werden, so daß die anderen Bewerber eine neue Chance erhalten.³⁾

1) S. o. S. 29 ff.

2) Isensee, Festgabe, 337, 354; Tietgen, Festschrift, 325, 343; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 585.

3) Dazu s. u. S. 218 ff.

Zum zweiten ist gegen die Erledigungstheorie einzuwenden, daß sie im Grunde gar nicht gegen die Klagebefugnis spricht, sondern diese geradezu unterstreicht.¹⁾ Die Klagebefugnis entfielen nur, wenn die Rechtsverletzung vom Kläger nicht mehr als möglich behauptet werden könnte, m.a.W. wenn keine Rechtsverletzung durch ein fehlerhaftes Auswahlverfahren in Betracht kommt. Das wäre aber nur der Fall, wenn der Kläger als der Beste auch tatsächlich ernannt worden wäre. Dann nämlich bestünde keine Belastung, keine Beeinträchtigung seiner schutzwerten Interessen mehr. Hier ist jedoch gerade das Gegenteil eingetreten. Durch die Ernennung eines Konkurrenten hat sich die ursprüngliche Gefahr einer möglichen Interessenverletzung des Klägers zu einem tatsächlichen möglichen Schadenseintritt verdichtet.¹⁾

Stand die befürchtete Fremdernennung zunächst nur drohend bevor, ist sie jetzt sogar eingetreten.

Nach allem steht fest, daß die abgewiesenen Bewerber befugt sind, eine Anfechtungsklage gegen die fremde Ernennung zu erheben.

1) BVerwGE 53, 23, 24; OVG Rheinland-Pfalz, ZBR 1975, 117, 118; VG Hannover, DVBl. 1977, 584; Kopp, § 42 RN 81, § 113 RN 89; v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 105 ff.; Schick, DVBl. 1975, 741, 746 f.; Seibert, DVBl. 1959, 869, 871; Siegmund-Schultze, VerwArch. 73 (1982), 137, 144 f.; Solte, NJW 1980, 1027, 1082; indifferent: Schenke, Festschrift, 571, 581 f.

2) VG Hannover, DVBl. 1977, 584; Bellgardt, S. 142; v. Mutius, VerwArch. 69, (1978), 103, 110; Rammel, S. 57 f.

III. Rechtsschutzinteresse

Die Voraussetzung des Rechtsschutzinteresses ist der Punkt, an dem sich die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage entscheidet. Die Gegner einer solchen Klage haben seit jeher aus verschiedensten Gründen vehement auf das Fehlen dieser Voraussetzung hingewiesen, wobei auch hier festzustellen ist, daß die Argumentation zunehmend differenzierter wird.

Dogmatische Grundlage für die folgende Erörterung ist die Funktion des Rechtsschutzinteresses, solche Klagen bereits in der Zulässigkeitsprüfung auszuschneiden, die eine unnütze Belastung der Gerichte verursachen, sei es daß für das Begehren des Klägers ein einfacherer und billigerer Weg zur Verfügung steht, sei es daß ein Ziel durch gerichtliche Inanspruchnahme ohnehin nicht erreicht werden kann.¹⁾ Die Gegner der Anfechtungsklage berufen sich dabei insbesondere auf die zweite Alternative. Es bestehe kein Bedürfnis, im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Urteilsverfahrens eine Sachprüfung vorzunehmen, weil von vorneherein feststehe, daß die angestrebte Aufhebung der fremden Ernennung, aus welchen Gründen auch immer, rechtlich gar nicht möglich sei.²⁾ Eine einmal ausgesprochene Ernennung sei "rechtsbeständig", damit unaufhebbar und deshalb auch nicht mehr gerichtlich angreifbar.

1) Achterberg, VerwR, S. 509 ff.; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 111; Wolff/Bachof III, § 165 III b.

2) OVG Rheinland-Pfalz, ZBR 1975, 117, 118; vgl. dazu: v. Mutius, VerwArch. 69, (1978), 103, 109; Remmel, S. 58 f.; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 274, 288.

1. Meinungsstand

Während es früher angesichts der unumstößlichen Autorität des Herrschers einhellige und selbstverständliche Meinung war, daß eine Ernennung nicht wieder aufhebbar ist, gibt es heute eine Reihe von Stimmen, die daran zweifeln oder sogar das Gegenteil annehmen. Die Mehrheit steht aber auch jetzt noch voll hinter dem Gedanken der Rechtsbeständigkeit.¹⁾

Die weit gefächerte und oft kaum geordnete Diskussion dreht sich im Kern darum, ob das Beamtenrecht - soweit es verfassungsrechtlich abgesichert ist - ein Bedürfnis nach der Rechtsbeständigkeit von Ernennungen entwickelt, oder ob es mit den Belangen des Beamtenrechts vereinbar ist, wenn Ernennungen zum Gegenstand von Gerichtsverfahren gemacht werden.²⁾ Der Grundsatz der Rechtsbeständigkeit wird zunächst begründet mit der Forderung nach einer "Stabilität der Ämterorganisation."³⁾

1) Achterberg, VerwR, S. 528, geht bereits davon aus, daß sich die Konkurrentenklage auch im Beamtenrecht zu einem überwiegend anerkannten Rechtsinstitut entwickelt habe.

2) Hilg/Müller, S. 133 f.; Scheerbarth/Höffken, S. 196 f.; Schenke, Festschrift, 571, 579; Siegmund-Schultze, VerwArch. 73 (1982), 137, 145 f.; Solte, NJW 1980, 1027, 1031 f.; Solte, ZBR 1972, 109, 112.

3) VGH Mannheim, ESVGH 18, 31, 37; Günther, ZBR 1979, 93, 108 ff.; Maunz in MDHS, Art. 33 RN 17; Tietgen, Festschrift, 325, 343.

Diese Stabilität sei erforderlich, weil zum einen der Grundsatz der Rechtssicherheit eine vernünftige Organisation der Verwaltung verlange¹⁾, weil zum anderen die Öffentlichkeit sich auf die Beamteneigenschaft verlassen können müsse²⁾, weil ferner der ernannte Beamte Vertrauen in den Fortbestand der Ernennung setze³⁾ und sein Persönlichkeitsinteresse daran ausrichte.⁴⁾

Diesen übergeordneten und auch verfassungsrechtlich abgesicherten⁵⁾ Bedürfnissen trage das einfache Beamtenrecht speziell dadurch Rechnung, daß es in den §§ 11, 12 BBG⁶⁾ für die Nichtigkeit und die Rücknehmbarkeit von Ernennungen äußerst enge Voraussetzungen aufstelle⁷⁾; die Nichtbeachtung des Leistungsprinzips gehöre nicht zu diesen Voraussetzungen, so daß eine Verletzung des Art. 33 Abs. 2 GG die Ernennung nicht aufhebbar mache.⁸⁾ Die Ernennung gehöre damit zu den formell rechtskräftigen Verwaltungsakten, die nicht nur gegen eine Zurücknahme, sondern auch gegen eine

1) Maunz in MDHS, Art. 33 RN 17; Isensee, Festgabe, 337, 355.

2) Schick, ZBR 1967, 297, 300.

3) Isensee, Festgabe, 337, 355; Maunz in MDHS, Art. 33 RN 17; Schick, ZBR 1967, 297, 300.

4) Isensee, Festgabe, 337, 355.

5) Maunz in MDHS, Art. 33 RN 17; vgl. Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 288.

6) S. auch §§ 8 - 10 BRRG und die entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften.

7) Günther, ZBR 1979, 93, 108 ff.; Isensee, Festgabe, 337, 354; Schick, ZBR 1967, 297, 300; Tietgen, Festschrift, 325, 325.

8) BVerwG, Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 4; im Ergebnis ebenso: Matthey in v. Münch, Art. 33 RN 25; Tietgen, Festschrift, 325, 342; Schütz, § 1 LBG NRW RN 5.

Aufhebung im Rechtsmittelwege gefeit seien.¹⁾
Der abgelehnte Bewerber sei nicht unrechtmäßig beschwert, da seine Ablehnung schon deshalb rechtmäßig erfolgt sei, weil ja nun in-
folge der rechtsbeständigen Ernennung keine Stelle mehr frei sei.²⁾ Also beseitige die Verleihung des Amtes an einen Konkurrenten eine unabdingbare Voraussetzung für die Ernennung des Klägers.³⁾

Der unter Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG zurückgewiesene Bewerber könne allenfalls bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen Schadensersatz aus Art. 33 GG i.V.m. § 339 BGB oder aufgrund des Beamtenverhältnisses wegen einer Verletzung der Fürsorgepflicht verlangen.⁴⁾ Zu denken sei auch an einen Folgenbeseitigungsanspruch, der sich auf die Vergabe eines ähnlichen Amtes richte.⁵⁾

Demgegenüber wird von anderer Seite die Forderung nach der Rechtsbeständigkeit einmal erfolgter Ernennungen abgelehnt.⁶⁾ Dazu wird teilweise der methodische Ansatz der herrschenden Lehre in Zweifel gezogen, jedenfalls aber werden ihre Argumente verworfen. Zwar sei das Verlangen nach Stabilität der Ämterorganisation nicht unberechtigt, die Rechtssicherheit

1) Tietgen, Festschrift, 325, 342; Tietgen, DVBl. 1963, 513 f.

2) Tietgen, Festschrift, 325, 342.

3) Günther, ZBR 1979, 93, 108.

4) BVerwG, Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 4; Günther, ZBR 1979, 93, 110; v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 28; Schick, DVBl. 1967, 297, 300

5) v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 28.

6) v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 110; Schick, DVBl. 1975, 741, 746; Solte NTW 1980, 1027, 1032 ff.

leide jedoch nicht, wenn Anfechtungsklagen gegen Ernennungen als zulässig erachtet würden. Vielmehr müsse das Interesse des Ernannten hinter dem Interesse des leistungsmäßig Besseren und auch hinter dem Wohl der Allgemeinheit zurücktreten. Unüberwindbare Probleme ergäben sich daraus für die Verwaltung nicht. Im übrigen dürfe man, wie dies die herrschende Meinung tue, den abgewiesenen Bewerber nicht auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen verweisen, da ihm damit nicht hinreichend geholfen sei.

2. Stellungnahme

Weder den Gegnern noch den Befürwortern einer Anfechtungsklage gegen eine Ernennung ist es bisher gelungen, einen überzeugenden Lösungsansatz für diese komplexe Problematik herauszuarbeiten. Die allenthalben vorhandene Unsicherheit zeigt sich schon darin, daß die Frage der Rechtsbeständigkeit manchmal als Aspekt der Klagebefugnis, manchmal (überwiegend) als ein dem Rechtsschutzinteresse zugeordneter Punkt angesehen wird.¹⁾ Damit einher gehen begriffliche Unklarheiten und Verwirrungen. So ist zum Teil die Rede davon, die Anfechtungsklage erledige sich mit der Ernennung eines Konkurrenten²⁾, was für eine Einordnung in die Klagebefugnis spricht.

1) V. Mutius, VerwArch. 69 (1968), 103, 109 ff.; vgl. Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 287 ff.; Eyermann/Fröhler, § 42 RN 87; allgemein zur Terminologie: Redeker/v. Oertzen, § 42 RN 14.

2) S. o. S. 197 f.

Verschiedentlich wird formuliert, die Bewerbung werde durch die fremde Ernennung gegenstandslos.¹⁾ Eine andere Ansicht zählt die Ernennung zu den formell rechtskräftigen Verwaltungsakten²⁾, während die Mehrzahl aller Stimmen eben von der Rechtsbeständigkeit der Ernennung spricht, die das Rechtsschutzbedürfnis entfallen lasse.

Der Begriff der Rechtsbeständigkeit ist dem Verwaltungsrecht im weitesten Sinne fremd und nicht etwa als Unterfall einer der anderen genannten Rechtsbegriffe anzusehen. Die Unanfechtbarkeit der Ernennung, unterstellt es gäbe sie, ist zunächst kein Fall der Rechtskraft. Dieser terminus technicus erfaßt ausschließlich gerichtliche Entscheidungen.³⁾

Auch der im außerprozessualen Bereich des Verwaltungsrechts gebräuchliche Ausdruck der Bestandskraft⁴⁾ bezieht sich auf andere Konstellationen. Wie die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung tritt die Bestandskraft einer behördlichen Regelung erst mit Ablauf einer Rechtsmittelfrist ein.

Verwaltungsakte, gegen die kein Rechtsbehelf zulässig ist, sind dagegen der Verwaltungsgerichtsbarkeit fremd.⁵⁾ Daß der Begriff der Erledigung nicht zutrifft, ist bereits dargetan. Auch die sogenannte Gegenstandslosigkeit der Bewerbung ist eine untaugliche, weil nichts-sagende Wendung.

1) BVerwG, Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 4;
vgl. auch Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 287.

2) Tietgen, Festschrift, 325, 342.

3) Achterberg, VerwR, S. 464.

4) Achterberg, VerwAr. S. 464 f.

5) Vgl. Schenke, Festschrift, 571, 586.

Am ehesten trifft noch die Formulierung "Rechtsschutzverweigerung"¹⁾ zu oder wie es auch genannt werden könnte, "fehlende Justiziabilität." Dies macht deutlich, daß das Problem der Rechtsbeständigkeit nichts weiter bedeutet, als die Frage danach, ob gegen eine Ernennung überhaupt Rechtsschutz möglich ist oder nicht, unabhängig von seinen weiteren Voraussetzungen. Dementsprechend ist der richtige Standort für die Diskussion tatsächlich das Rechtsschutzbedürfnis. Genauso wie nach eingetretener materieller Rechtskraft einer erneut eingereichten Klage das Rechtsschutzbedürfnis fehlt²⁾, so fehlt es ebenfalls, wenn von vorneherein die materielle Regelung nicht im Rechtsmittelwege angreifbar ist. In beiden Fällen ist ein Eintreten des Gerichts in die Sachprüfung unnütz und die Klage deshalb bereits als unzulässig abzuweisen.³⁾

Bereits an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, daß es sich bei der Rechtsbeständigkeit um eine materielle, nicht um eine prozessuale Voraussetzung handelt. Der Ansatzpunkt ist nicht, ob es ausnahmsweise dem Bürger verwehrt ist, einen Anspruch gerichtlich durchzusetzen, sondern es geht zuerst darum, ob der Bürger - hier der klagende Konkurrent - überhaupt einen Anspruch auf Aufhebung der fremden Ernennung haben kann.

1) Sollte, NJW 1930, 1027, 1033

2) Insoweit besteht Streit, ob die Rechtskraft nur eine widersprechende Entscheidung verbietet oder überhaupt eine neue Entscheidung in derselben Sache; vgl. dazu Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 122.

3) Schmitt-Kammler, DÖV 1920, 285, 287 f.

Fest steht zwar, daß ein bei der Auswahl geschehener Verstoß gegen das Leistungsprinzip aus Art. 33 Abs. 2 GG die Konkurrenten in ihren Rechten verletzt. Nach der eine Rechtsbeständigkeit bejahenden Meinung reicht dies aber - anders als sonst im öffentlichen Recht - nicht aus, um eine Anfechtungsmöglichkeit anzunehmen. Vielmehr soll das Vorhandensein anderer, übergeordneter Interessen des Staates dazu führen, daß die Rechtsverletzung des Konkurrenten nicht angreifbar ist. Ausgangspunkt für die folgende Prüfung ist daher die Frage, ob - wie die herrschende Lehre sagt - auch solche Ernennungen, die unter Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG ausgesprochen wurden, rechtsschutzlos hingenommen werden müssen. Dies wäre ein beträchtlicher, zusätzlicher Eingriff in die Rechtspositionen der abgelehnten Mitbewerber und bedürfte daher einer besonderen Rechtfertigung.

a) Die möglichen Rechtsgrundlagen der Rechtsbeständigkeit von Ernennungen

Im folgenden wird zunächst aufgezeigt, welche Rechtsvorschriften und Rechtsgrundsätze bei der Frage nach der Rechtsbeständigkeit überhaupt eine Rolle spielen. Danach werden die so ermittelten Grundlagen im Hinblick auf ihren Aussagegehalt hierzu untersucht.

Als erstes ist auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG hinzuweisen, wonach jedermann der Rechtsweg offensteht, wenn er durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Nicht expressis verbis in der Verfassung enthalten, aber aus ihr abgeleitet (Art. 20 GG), ist das Prinzip der Rechtssicherheit, das selbst wiederum den Grundsatz des Vertrauensschutzes in sich trägt. An diesen beiden Gedanken müssen sich letztlich auch die §§ 11, 12 BBG messen lassen, die die Gründe für die Nichtigkeit und die Rücknahme von Ernennungen enthalten.

Häufig wird versucht, die genannten Vorschriften und Grundsätze isoliert zur Begründung der Rechtsbeständigkeit heranzuziehen. Dieser Weg hat immer wieder dazu geführt, daß die tragenden Erwägungen in einem Gestrüpp dogmatischer Einzelfallbetrachtungen untergehen. Sinnvoll und juristisch richtig ist es demgegenüber allein, auf den gemeinsamen Nenner aller Vorschriften abzustellen und diesen auf seinen Gehalt zu untersuchen. Einfaches Recht und Verfassungsrecht sind in diesem Fall dergestalt miteinander in Einklang zu bringen, daß das einfache Recht nach der Maßgabe des Verfassungsrechts inhaltlich konkretisiert wird. Demzufolge geht die Kernfrage dahin, die Rechtsbeständigkeit beamtenrechtlicher Ernennungen aus §§ 11, 12 BBG als Ausprägung geltenden Verfassungsrechts rechtfertigt, mit anderen Worten, ob das Rücknahmerecht der Beamtengesetze die Kodifikation eines allgemeinen, unmittelbar in der Verfassung begründeten und mit Verfassungsrang ausgestatteten Grundsatzes der Rechtsbeständigkeit einmal erfolgreicher Ernennungen ist, der in seiner positivrechtlichen Konkretisierung die Rücknahme

der fehlerhaften Ernennung nur unter genau fixierten Voraussetzungen erlaubt, darüberhinaus jedoch auch einem in seinen Rechten verletzten Konkurrenten den Rechtsschutz verweigert.¹⁾ Ausgangspunkt der nachfolgenden Erörterung sind also die §§ 11, 12 BBG, stets beleuchtet im Zusammenhang mit der Verfassung.

b) Grundlegende Bedeutung der §§ 11, 12 BBG

Eine Ernennung ist nur dann nichtig, wenn sie von einer sachlich unzuständigen Behörde ausgesprochen wurde und wenn der Ernannte im Zeitpunkt der Ernennung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BBG nicht ernannt werden durfte, entmündigt war oder nicht die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter besaß, § 11 BBG. Nicht viel weiter gefaßt sind die Voraussetzungen der Rücknahme einer Ernennung, die dann vorzunehmen ist, wenn die Ernennung durch Zwang, arglistige Täuschung oder Bestechung herbeigeführt wurde, oder wenn der Ernannte ein beamtenunwürdiges Verbrechen begangen hatte, § 12 Abs. 1 BBG. Ferner kann eine Ernennung zurückgenommen werden, wenn der Ernannte bei der Ernennung bereits entmündigungsreif war oder in einem Disziplinarverfahren aus dem Dienst entfernt bzw. zum Verlust der Dienstbezüge verurteilt worden war, § 11 Abs. 2 BBG. Die mangelnde Eignung zur Wahrnehmung der Dienstgeschäfte im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG fällt dagegen nicht unter §§ 11, 12, BBG und hat danach keinen Einfluß auf den Bestand der Ernennung.

1) Sollte, NJW 1980, 1027, 1030.

Damit ist aber nicht gesagt, daß Ernennungen überhaupt nicht wieder rückgängig gemacht werden können, wenn sich nachträglich herausstellt, daß ein anderer Bewerber besser geeignet gewesen wäre. Dazu wären vielmehr weitere Feststellungen notwendig. So müßte die Begrenzung der Aufhebungsgründe im BBG überhaupt für die Verwaltungsgerichte bindend sein. Ferner müßte die Aufzählung abschließenden Charakter haben. Und schließlich wäre zu fordern, daß die Begrenzung auch im Einklang mit der Verfassung steht. Ob dies alles zutrifft, wie die Überwiegende Meinung behauptet, wird nachstehend untersucht.

c) Die Bindungswirkung der §§ 11, 12 BBG für die Verwaltungsgerichte

Mehrfach wird argumentiert, daß die §§ 11, 12 BBG sich ausschließlich an die Verwaltungsbehörden wenden und deshalb für die Gerichte nicht maßgeblich seien. Es dürfe nicht von einer Regelung des materiellen Rechts auf den Ausschluß des Verwaltungsrechtsschutzes geschlossen werden. Das materielle Beamtenrecht regele lediglich die Voraussetzungen, unter denen die Verwaltung von sich aus unanfechtbar gewordene, fehlerhafte begünstigende Verwaltungsakte zurücknehmen könne, lasse jedoch die für eine gerichtliche Nachprüfung von Verwaltungsakten geltenden Grundsätze unberührt.¹⁾ Materielles Rücknahmerecht und prozessuale Aufhebungsbefugnis lägen damit auf zwei von-

1) VG Hannover, DVBl. 1977, 584.

einander getrennten Ebenen.¹⁾ Außerdem könne der mit Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich garantierte Rechtsschutz nicht durch den (einfachen) Gesetzgeber unterlaufen werden, indem er bestimmte Fehler für irrelevant erkläre.²⁾

Diese auf den ersten Blick logisch erscheinende Auffassung verkennt die Abhängigkeit des prozessualen Rechtsschutzes vom materiellen Recht. Die Verwaltungsgerichte können nur solche Akte der Verwaltung aufheben, die vom materiellen Recht für aufhebbar erklärt worden sind.³⁾ Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat das materielle Recht durchzusetzen und nicht etwa zu ergänzen. Sie ist, wie grundlegend in Art. 20 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommt, an Recht und Gesetz gebunden.

Der Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG geht dagegen fehl. Diese Vorschrift postuliert zwar das Gebot effektiven Rechtsschutzes⁴⁾, verkennt jedoch nicht, daß der Umfang des Rechtsschutzes vom materiellen Recht her determiniert wird.⁵⁾ Art. 19 Abs. 4 GG begründet keine subjektiven Rechte, sondern setzt deren Existenz voraus.⁶⁾

Damit ist auch klar, daß die zutreffende Ansicht, einfaches Beamtenrecht könne nicht den

1) VG Hannover, DVBl. 1977, 584; v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 110; Solte, ZBR 1972, 109, 113; Solte, NJW 1980, 1027, 1032.

2) Schenke, Festschrift, 571, 586; Schick, DVBl. 1975, 741, 745.

3) Vgl. Günther, ZBR 1979, 93, 109; Remmel, S. 60 f.; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 288.

4) BVerfGE 27, 297, 308.

5) Schenke, Festschrift, 571, 583 f.

6) Schenke, Festschrift, 571, 584 m.w.H.

verfassungsrechtlich abgesicherten Rechtsschutz aus den Angeln heben, hier zu keinem anderen Ergebnis führt. Selbstverständlich sind die §§ 11, 12 BBG auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen. Wenn sich dabei eine Ausdehnung der Aufhebungsgründe ergeben sollte, wäre auch der Umfang des Art. 19 Abs. 4 GG erweitert. Die Garantie effektiven Rechtsschutzes allein kann jedoch eine Ausdehnung des gerichtlichen Rechtsschutzes gegenüber dem materiellen Recht nicht bewirken.

Nicht zugkräftig ist schließlich die Behauptung, die Gerichte brauchten sich auch deshalb nicht an die engen Voraussetzungen der §§ 11, 12 BBG zu halten, weil für den Verwaltungsakt mit Doppelwirkung allgemein anerkannt sei, daß materiell-rechtliche Rücknahmegründe und prozessuale Aufhebungsvorschriften scharf unterschieden werden müßten. Hier könne selbst dann, wenn die Verwaltung selbst nicht zur Rücknahme des begünstigenden Verwaltungsakts ermächtigt sei, das Verwaltungsgericht auf die Klage eines betroffenen Dritten hin eine Aufhebung der Begünstigung anordnen.¹⁾

Auch hier gibt es in Wirklichkeit keine Diskrepanz zwischen materiellem Recht und prozessualer Rechtsschutzgewährung. Zwar wird oft § 113 VwGO als gerichtliche Aufhebungsbefugnis in einem weiteren Sinn verstanden, als dies die materiell-rechtlichen Rücknahmevorschriften hergeben. Beispielsweise kann die

1) Schenke, Festschrift, 571, 582; Schick, DVBl. 1975, 741, 745; Solte, ZBR 1972, 109, 113 m.w.H.; Solte, NJW 1980, 1027, 1032.

Verwaltung eine erteilte Baugenehmigung nur unter engen Voraussetzungen zurücknehmen, während die Gerichte die Genehmigung sogar auf die Klage eines Nachbarn hin aufheben können. Bei der Ausdehnung des Rechtsschutzes muß aber zumindestens stillschweigend unterstellt werden, daß Baugenehmigungen nach materiellem Recht überhaupt aufhebbar sind und daß auch betroffene Dritte einen materiellen Beseitigungsanspruch besitzen.

Der erste Punkt, die Aufhebbarkeit, hat nie einem Zweifel unterlegen; das materielle Recht sah die Aufhebung z.B. einer unter einer Bedingung erteilten Baugenehmigung auf Klage des Bauherrn selbst vor. Insofern konnte die Verwaltung die Genehmigung auch selbst zurücknehmen. Hier scheidet schon äußerlich jeder Unterschied zwischen materiellem und prozessualelem Recht aus.

Eine Rücknahme der Genehmigung durch die Verwaltung selbst ist im Baurecht jedoch nicht vorgesehen, wenn ein betroffener Dritter interveniert. Auf seine entsprechende Klage können nur die Verwaltungsgerichte die Genehmigung aufheben. Aber auch diese Klage setzt voraus, daß der Dritte einen einklagbaren Aufhebungsanspruch hat.¹⁾ Dabei handelt es sich wie in allen Fällen, in denen sich jemand gegen eine Beeinträchtigung wendet, um ein "sekundäres Abwehrrecht."²⁾ Dieses Recht

1) Hierzu o. S. 205 f.

2) Schenke, Festschrift, 571, 583 m.w.H.

ist nicht das Recht, an dessen Verletzung Art. 19 Abs. 4 GG den Rechtsschutz anknüpft, sondern der aus der Rechtsverletzung resultierende Beseitigungsanspruch. Bei Eingriffen in die absoluten negativen Statusrechte entsteht nämlich - genauso wie im Zivilrecht bei der Verletzung absoluter Rechte gemäß §§ 12, 862, 1004 BGB - ein materiell-rechtlicher, auf Beseitigung der fortdauernden Beeinträchtigung gerichteter Anspruch.¹⁾ Nur wird im Verwaltungsrecht das Bestehen eines Beseitigungsanspruchs dadurch verschleiert, daß dieser auf der Basis der VwGO nicht durch eine allgemeine Leistungsklage, sondern rechtstechnisch in Form einer Gestaltungsklage gerichtlich zu verfolgen ist.²⁾

Daraus erhellt, daß auch bei der Klage von Dritten gegen die einem anderen zugeflossene Begünstigung der Rechtsschutz sich ausschließlich auf vorhandene materiell-rechtliche Ansprüche des Klägers erstreckt. Auch hier liegen also materielles Recht und prozessualer Rechtsschutz nicht auf zwei Ebenen.

Nur am Rande sei bemerkt, daß mittlerweile durch die Schaffung des § 50 VwVfG, der allerdings hinter der Spezialregelung der §§ 11, 12 BBG zurücksteht, die Verwaltung auch dazu ermächtigt worden ist, Verwaltungsakte mit Drittwirkung zu beseitigen, wenn der Dritte Rechtsmittel einlegt.³⁾ §§ 11, 12 BBG sind demnach auch von den Verwaltungsgerichten zu beachten und für diese bindend.

1) Schenke, Festschrift, 571, 584 f.m.w.H.

2) Schenke, Festschrift, 571, 585.

3) Darauf weisen selbst hin: Schenke, Festschrift, 571, 583; Solte, NJW, 1027, 1032.

d) Abschließender Charakter der §§ 11, 12 BBG

Wenn die Aufzählung der Nichtigkeits- und Rücknahmegründe in §§ 11, 12 BBG abschließenden Charakter hätte, stünde fest, daß Ernennungen nicht deshalb aufgehoben werden können, weil sie unter Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG vorgenommen worden sind.

Der abschließende Charakter der §§ 11, 12 BBG wird seit eh und je bejaht, lediglich an einer Stelle werden Zweifel geäußert, ob daraus eine gesteigerte Bestandskraft von Ernennungen gegenüber Dritten folge, wobei diesem Gedanken allerdings auch nicht weiter nachgegangen wird.¹⁾ Hier setzt das dogmatische Durcheinander von Rechtsprechung und Literatur ein. Weil strikt am abschließenden Charakter festgehalten wird, muß entweder die Möglichkeit einer Aufhebung der Ernennung verneint werden, oder aber die §§ 11, 12 BBG werden, wie vorstehend erläutert, einfach für nicht anwendbar erklärt.

Der dritte Weg, den abschließenden Charakter der §§ 11, 12 BBG zu hinterfragen, ist bisher soweit ersichtlich, noch von niemandem besprochen worden. Gerade hier liegt jedoch der Ansatzpunkt für die Lösung des Problems der Rechtsbeständigkeit. Wenn sich durch Auslegung der §§ 11, 12 BBG ergibt, daß diese nicht abschließend sind, sondern daß auch der Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG einen Aufhebungsgrund bietet, läge insoweit keine Rechtsbeständigkeit vor und eine Klage wäre

1) Solte, NJW 1980, 1027, 1033.

nicht mangels Rechtsschutzbedürfnisses
unzulässig.

In der Rechtsprechung und im Schrifttum wird die Frage nach der Rechtsbeständigkeit immer nur mit einem klaren Ja oder einem pauschalen Nein beantwortet. Das ist sicher nicht richtig. Eine uneingeschränkte Rechtsbeständigkeit kann es schon deshalb nicht geben, weil die §§ 11, 12 BBG selbst einige Fallgruppen von gerade nicht beständigen Ernennungen aufzählen. Die Problematik kann sich also nur darauf beziehen, ob in den anderen als durch die in §§ 11, 12 BBG geregelten Fällen eine Rechtsbeständigkeit existiert.

Hier wiederum ist weiter zu differenzieren zwischen der Rechtsbeständigkeit im Verhältnis des Staates zu dem Ernannten und der Rechtsbeständigkeit in der Wechselbeziehung Staat - Ernannter - Konkurrent. Solange Interessen Dritter nicht mit im Spiel sind, besteht uneingeschränkte Einigkeit darüber, daß die in §§ 11, 12 BBG genannten Nichtigkeits- und Aufhebungsgründe abschließend sind. Aus anderen Gründen ist die Ernennungsbehörde nicht zur Beseitigung der Ernennung berechtigt. Es ist zwar bis jetzt - soweit ersichtlich - noch nicht ausdrücklich vertreten worden, daß jedenfalls in den von §§ 11, 12 BBG genannten Gründen die Klage eines Konkurrenten zulässig sei. Es besteht aber kein Grund, auch nicht auf der Grundlage der herrschenden Meinung, der dagegen sprechen würde. Insoweit müßte also eine Konkurrentenklage möglich sein.¹⁾

1) Sollte, NJW 1980, 1027, 1035.

Der Meinungsstreit entzündet sich vielmehr ausschließlich an der Situation, daß ein Dritter, ein Konkurrent, seine ebenfalls grundgesetzlich geschützten Interessen einbringt. Jetzt entsteht ein Spannungsverhältnis in dem Dreieck Staat - Ernannter - Konkurrent, das ohne weiteres nicht aufzulösen ist. Hier muß im Wege einer Auslegung versucht werden, zu klären, ob in solchen Fällen über die in §§ 11, 12 BBG genannten Gründe hinaus die Beseitigung einer Ernennung möglich ist, oder ob tatsächlich die abgelehnten Konkurrenten die Beeinträchtigung ihrer Rechte aus übergeordneten Interessen hinzunehmen haben.

aa) Wortinterpretation

Der Wortlaut der §§ 11, 12 BBG läßt eine Antwort nicht erkennen. Weder erklärt er die Aufhebungsgründe für abschließend, noch bestimmt er das Gegenteil. Es kann auch nicht aus dem Umstand, das die enumerative Aufzählung den Art. 33 Abs. 2 GG nicht erwähnt, einfach darauf geschlossen werden, daß diese Vorschrift bewußt ausgeklammert worden sei. Denkbar ist ebenso, daß - wie in vielen anderen Bereichen gerade des öffentlichen Rechts - der Gesetzgeber eine bestimmte Frage übersehen oder ihre Regelung für überflüssig oder unwichtig erachtet hatte. Ein bestimmter Regelungsinhalt kann deshalb hier aus der Nichterwähnung des Art. 33 Abs. 2 GG nicht abgeleitet werden.

bb) Historische Interpretation

Die jetzigen Bestimmungen der §§ 11, 12 BBG gehen letztlich zurück auf das Deutsche Beamtengesetz von 1937. Darin waren erstmals Normen über die Nichtigkeit und Vernichtbarkeit von Ernennungen enthalten, die dann später auch in die nachfolgenden Gesetze übernommen wurden.¹⁾ Die Ausgangsregelung von 1937 verfolgte den Zweck, einen durch zahlreiche Streitfragen geprägten Zustand der Unsicherheit zu beenden. Da die Rechtsprechung in solchen Fällen stets darauf angewiesen war, auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückzugreifen, die sich zu dem Problemkreis fehlerhafter Staatsakte herausgebildet hatten, war das Bedürfnis nach einer klaren Bestimmung der Nichtigkeits- und Aufhebungsgründe groß. Unter diesem Aspekt ist dann die getroffene Regelung im Dt. Beamtengesetz als abschließend anzusehen. Das gleiche gilt auch für §§ 11, 12 BBG, die gegenüber dem alten Recht keine Veränderungen bzw. prinzipielle Neuregelungen enthalten, sondern die althergebrachten Gedanken aufgenommen haben.

Damit ist zugleich angedeutet, daß die im Grunde alten Vorschriften der §§ 11, 12 BBG in der heutigen Zeit u.U. nicht korrekturlos angewendet werden können. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt ist die ursprüngliche Auffassung, Art. 33 Abs. 2 GG sei als bloße Aufforderung an die Verwaltung zu verstehen, deren Verletzung folgenlos bleibe, heute nicht mehr akzeptabel. Parallel zu der

1) Heyland, Dt. Beamtenrecht, S. 93 ff.

Fortentwicklung des Art. 33 Abs. 2 GG ist auch der Werdegang der §§ 11, 12 BBG verlaufen. In dem Maße, in dem subjektive Rechte der Bewerber um eine Beamtenstelle anerkannt worden sind, muß auch die Aufhebungsmöglichkeit einer gegen diese subjektiven Rechte verstoßende Ernennung den verfassungsrechtlichen Erfordernissen angepaßt werden. Die früher zutreffende Ansicht, die §§ 11, 12 BBG seien abschließend, hält der Weiterentwicklung des öffentlichen Rechts nicht stand und muß sich daher vor dem Hintergrund des heutigen Verständnisses modifizieren lassen. Die historische Interpretation fällt daher weder zugunsten der die Rechtsbeständigkeit verlangenden Auffassung¹⁾ noch zugunsten der Gegenmeinung²⁾ aus.

cc) Teleologische Interpretation

Bei der Auslegung der §§ 11, 12 BBG am Maßstab eines gewandelten Verständnisses von Art. 33 Abs. 2 GG und der sonstigen Verfassungsrichtlinien sind alle rechtlich relevanten Interessen zu berücksichtigen, die für die Rechtsbeständigkeit eine Rolle spielen könnten. Im wesentlichen werden dabei die Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes, die Forderung nach dem Erhalt hergebrachter Grundsätze, die Garantie effektiven Rechtsschutzes und auch das Leistungsprinzip in die Betrachtung einzubeziehen sein. Aufgabe der folgenden Überlegungen

1) So aber: Günther, ZBR 1979, 93, 110.

2) So aber: Solte, NJW 1980, 1027, 1033.

ist es, diese verschiedenen Interessen gegeneinander abzuwägen und darauf zu untersuchen, ob sie die Rechtsbeständigkeit von Ernennungen fordern oder verwerfen.

(1) Rechtsbeständigkeit als hergebrachter Grundsatz des Beamtenrechts

Wenn die Rechtsbeständigkeit ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG wäre, könnte ein davon abweichendes Verständnis der §§ 11, 12 BBG nur unter ganz engen Voraussetzungen herausgebildet werden.¹⁾ Einen entsprechenden hergebrachten Grundsatz gibt es jedoch nicht. Es mag allenfalls sein - ohne dies nachprüfen zu wollen - daß Art. 33 Abs. 5 GG die abschließende Funktion der Nichtigkeits- und Rücknahmegründe in den §§ 11, 12 BBG im Verhältnis Staat - Ernannter erfaßt, obwohl auch dazu angemerkt werden muß, daß nicht jede einmal getroffene beamtenrechtliche Regelung über Art. 33 Abs. 5 GG mit Verfassungsrang ausgestattet ist, sondern nur die wirklich elementaren Grundlagen eines rechtsstaatlichen Beamtenrechts.

Auf gar keinen Fall ist jedoch die Rechtsbeständigkeit von Ernennungen in Konkurrenzsituationen als hergebrachter Grundsatz anzusehen. Dies ist schon deshalb ausgeschlossen,

1) Dazu Remmel, S. 62; Schenke, Festschrift, 571, 586 f.; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 288.

weil solche Fallgestaltungen erst in neuerer Zeit akut geworden sind und nicht als hergebracht bezeichnet werden können.¹⁾ Der Umstand, daß die Geltendmachung eines Aufhebungsanspruches durch Dritte früher nicht erwähnt oder vorgesehen war, bedeutet nicht, daß sie hätte ausgeschlossen sein sollen.²⁾ Das Problem war damals einfach noch nicht aufgetreten, so daß seine Behandlung der heutigen Zeit anheimgegeben werden muß.

(2) Rechtsbeständigkeit und Art. 19 Abs. 4 GG

Oft wird darauf hingewiesen, daß sich die Annahme der Rechtsbeständigkeit an Art. 19 Abs. 4 GG messen lassen müsse.³⁾ Angesichts dieses prozessualen Grundrechts auf Gewährung eines lückenlosen und effektiven Rechtsschutzes sei fraglich, ob der Gesetzgeber den ausgestochenen Konkurrenten auf justizielle Ersatzmöglichkeiten wie Schadensersatzforderungen etc. verweisen könne.⁴⁾ Effektiver Rechtsschutz bedeute, daß die Exekutive vollendete Tatsachen nicht zu schaffen vermöge⁵⁾, und zwar

1) In diesem Sinne: Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 288.

2) So auch: Günther, ZBR 1979, 93, 110.

3) VG Hannover, DVBl. 1977, 584; v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 110; Schick, DVBl. 1974, 741, 746; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 288; Solte ZBR 1972, 109, 113.

4) Günther, ZBR 1979, 93, 110; Rammel, S. 65, verwendet diese Fragestellung im Zusammenhang mit § 79 BVerfGG - dazu s.u.; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 288.

5) Günther, ZBR 1979, 93, 110 m.H.a. BVerfGE 35, 382, 401 f.

auch dann nicht, wenn das einfache Recht eine Klagemöglichkeit nicht vorsehe.¹⁾ Wenn aus verwaltungsorganisatorischen Gründen eine Beschränkung der Klagemöglichkeit²⁾ gegen vollzogene Ernennungen unumgänglich sein sollte, müsse jedenfalls im Vorfeld der Auswahl gemäß § 123 VwGO der einstweilige Rechtsschutz einspringen.³⁾

Art. 19 Abs. 4 GG ist bereits im Zusammenhang mit der Bindungswirkung der §§ 11, 12 BBG für die Verwaltungsgerichte erörtert worden, und zwar mit dem Ergebnis, daß er keine Ausdehnung des gerichtlichen Rechtsschutzes gegenüber dem materiellen Recht bewirkt. Hier nun geht es um die Frage, ob Art. 19 Abs. 4 GG zur Auslegung und Konkretisierung der materiellen Rechtsposition der Konkurrenten herangezogen werden kann.

Das ist zu verneinen. Wie bereits erwähnt, schafft Art. 19 Abs. 4 GG keine subjektiven Rechte, sondern setzt deren Existenz voraus.⁴⁾ Ebenso nimmt diese Vorschrift auch keinen Einfluß auf die inhaltliche Bestimmung materieller Rechtspositionen. Art. 19 Abs. 4 GG ist eben ein prozessuales Grundrecht, das dem betroffenen Bürger die Macht verleiht, die Beeinträchtigung seiner Rechte gerichtlich überprüfen zu lassen, aber nichts dazu aussagt, welche

1) Günther, ZBR 1979, 93, 110 m.H.
a. BVerfGE 27, 297, 308.

2) Dazu Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 289 m.H.a. BVerfGE 2, 380, 404; 7, 194, 195; 11, 263, 265 und 20, 230, 235.

3) Günther, ZBR 1979, 93, 110.

4) S.o.S. 210.

materiellen Rechte der Bürger dann tatsächlich hat.¹⁾

(3) Die verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Ernannten

Häufig wird versucht, die Rechtsbeständigkeit mit dem verfassungsrechtlich garantierten Vertrauensschutz des Ernannten zu begründen.²⁾ Es wird sogar behauptet, die Zulassung einer Konkurrentenklage müsse zu einer nicht tragbaren Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des rechtswidrigerweise Ernannten führen.³⁾

Dagegen läßt sich eine Reihe von Gründen aufzählen, die den Vertrauensschutz des Ernannten verneinen. Vorab ist darauf hinzuweisen, daß schon vom dogmatischen Ausgangspunkt her betrachtet allein mit dem Interesse des Ernannten eine Rechtsbeständigkeit nicht untermauert werden kann. Es geht nicht an, dem nicht ernannten Bewerber Rechtsschutz zu versagen, weil er dem Ernannten ungelegen kommt. Der Ernannte hat sicher ein Interesse am Bestand der Ernennung, jedoch kann diese nicht dem Interesse des Nichternannten an der Beseitigung der Verletzung in seinen Rechten aus Art. 33 Abs. 2 GG übergeordnet sein. Der Ernannte ist

1) Dies verkennen Rammel, S. 66, und Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 288 ff., die Art. 19 Abs. 4 GG quasi als Anspruchsgrundlage heranziehen.

2) Isensee, Festgabe, 337, 355; vgl. auch v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 111.

3) Isensee, Festgabe, 337, 355.

nicht schutzwürdiger als der Nichternannte.

Ein Vertrauensschutz des Ernannten besteht lediglich im Verhältnis zum Staat.¹⁾ Darauf allein sind die Bestimmungen der §§ 11, 12 BBG zugeschnitten. Daneben mit dem Vertrauensschutz des Ernannten im Verhältnis zu einem Konkurrenten zu argumentieren bedeutet einen Zirkelschluß.²⁾ Anerkanntermaßen setzt bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung der Vertrauensschutz des Adressaten der Begünstigung erst mit Ablauf der dem Benachteiligten zugestandenen Anfechtungsfrist ein; bis dahin besteht gar kein Vertrauensschutz.³⁾ Sich auf einen Vertrauensschutz zu berufen heißt also die Unanfechtbarkeit der Ernennung zu unterstellen. Das aber ist ja gerade zu prüfen.

Im übrigen sind die Nachteile, die dem rechtswidrig Ernannten durch die Zulassung einer Anfechtungsklage entstehen, nicht unbedingt größer oder rechtlich relevanter, als diejenigen Nachteile, die anderen Begünstigten eines Verwaltungsakts mit Doppelwirkung durch eine nachträgliche Aufhebung der Begünstigung aufgrund der Klage eines Drittbetroffenen erwachsen. Der Ausschluß einer Anfechtungsklage im Beamtenrecht bedeutete demgemäß eine

1) V. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 111; Schick, DVBl. 1975, 741, 746.

2) Ähnlich: Schenke, Festschrift, 571, 538.

3) OVG Rheinland-Pfalz, ZBR 1975, 117, 118; VG Berlin, DVBl. 1975, 268, 272 m.w.N.; v. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 111 f.; Rammel, S. 71 m.w.N.; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 290.

ungerechtfertigte Privilegierung des Ernann-
ten gegenüber dem Genehmigungsempfänger in den
anderen Fällen der Drittklage.¹⁾

Eine Belastung für den Ernannten bildet die
Tatsache, daß er trotz drohender späterer
Aufhebung seiner Ernennung zunächst ver-
pflichtet ist, seinen Dienst weiter zu leisten.²⁾
Aber auch dies ist kein Grund, eine Aufhebungs-
möglichkeit auszuschließen. Zum einen ist ent-
sprechendes z.B. aus dem Gewerberecht bekannt,
wenn es um die Aufhebung einer erteilten Kon-
zession geht.³⁾ Zum anderen ist der Beamte für
die gesamte Zeit bis zur endgültigen Aufhe-
bung seiner Ernennung so zu behandeln, als wä-
re die Ernennung wirksam.⁴⁾ Seine Interessen
sind auf jeden Fall dann ausreichend ge-
schützt, wenn die sofortige Vollziehung sei-
ner Ernennung angeordnet und damit die auf-
schiebende Wirkung eines Widerspruchs besei-
tigt wird.⁵⁾ Im Rahmen des dadurch entstehen-
den Beamtenverhältnisses⁶⁾ sind ihm in der
Regel auch die Bezüge zu belassen, § 14 Satz
2 BBG.⁷⁾ Auch ist denkbar, daß dem Beamten

1) Schenke, Festschrift, 571, 588; Solte, NJW
1980, 1027, 1034.

2) Schenke, Festschrift, 571, 588

3) Schenke, Festschrift, 571, 588; Schick,
DVBl. 1975, 741, 747.

4) Schenke, Festschrift, 571, 589.

5) VG Hannover, DVBl. 1977, 584; v. Mutius,
VerwArch. 69 (1978), 103, 111; Rammel, S. 70;
Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 280.

6) Dazu v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 33 f.

7) Günther, ZBR 1979, 93, 109; Schenke, Fest-
schrift, 571, 589; Schmitt-Kammler, NJW
1980, 285, 290; Solte, ZBR 109, 114; Solte,
NJW 1980, 1027, 1035

zur Abgeltung seines sonstigen Schadens ein Ersatzanspruch analog dem Grundsatz von culpa in contrahendo zur Verfügung steht, u.U. auch ein Amtshaftungsanspruch.

(4) Die verfassungsrechtlich geschützten Interessen des Staates

Möglicherweise erzwingen aber öffentliche Belange die Rechtsbeständigkeit von Ernennungen in den nicht durch §§ 11, 12 BBG geregelten Fällen. Zur Begründung dieser vielfach vertretenen Ansicht wird stets auf die Notwendigkeit einer Stabilität der Ämterorganisation hingewiesen.¹⁾ Bei Zulassung der Konkurrentenklage hänge auf unabsehbare Zeit das Damoklesschwert der Kassation über dem Beamtenverhältnis des Ernannten.²⁾ Die dadurch hervorgerufene Unsicherheit in der Besetzung eines Amtes sei mit den elementaren Bedürfnissen der Verwaltung nicht vereinbar.³⁾

Die eine Rechtsbeständigkeit ablehnende Gegenmeinung führt an, daß der durch eine Anfechtungsklage geschaffene Schwebezustand bezüglich der Ernennung durch rechtliche Maßnahmen wie z.B. die Anordnung der sofortigen Vollziehung behoben werden könne⁴⁾ und zudem die

1) Günther, ZBR, 103, 109; Isenst, Festgabe, 337, 355; Maunz in MDHS, Art. 33 RN 17; Schick, ZBR 1967, 297, 300.

2) Isensee, Festgabe, 337, 355.

3) Günther, ZBR 1979, 103, 109 f.

4) VG Hannover, DVBl. 1977, 584; Rammel, S. 68; Schenke, Festschrift, 571, 589; Schick, DVBl. 1975, 741, 747; Solte, NJW 1980, 1027, 1034.

sich durch eine Zulassung der Klage ergebenden praktischen Schwierigkeiten für die Verwaltung nicht überschätzt werden dürften.¹⁾

Der rechtliche Anknüpfungspunkt für die Frage, ob und in welchem Maße öffentliche Interessen eine Rechtsbeständigkeit verlangen, liegt in dem aus Art. 20 GG abgeleiteten Prinzip der Rechtssicherheit. Unbestritten ergibt sich daraus die Notwendigkeit, eine stabile Organisation des Staates und damit auch eine gewisse Verfestigung in der Ämterbesetzung zu schaffen und zu erhalten.²⁾ Überwiegend wird die Diskussion nun darum geführt, wie stark dieses Interesse an einer Ämterstabilität bei sachgerechter Würdigung denn tatsächlich ist. Diejenigen, die ihm eine hohe Bedeutung zuschreiben, rufen nach der Rechtsbeständigkeit, während andere das Bedürfnis nach Ämterstabilität niedriger bewerten und deshalb eine Rechtsbeständigkeit verneinen. Diese Überlegungen sind zwar im Prinzip zutreffend, lassen jedoch außer Acht, daß neben dem Grundsatz der Rechtssicherheit auch das Leistungsprinzip im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich verankert ist. Die sich daraus ergebenden Wertmaßstäbe müssen ebenfalls berücksichtigt werden. Demgemäß läuft die nachfolgende Prüfung auf eine Abwägung zwischen Art. 20 GG und Art. 33 Abs. 2 GG hinaus, wobei zunächst die Wertigkeit der durch die Rechtssicherheit determinierten Interessen ermittelt und diese im Anschluß daran an der Bedeutung des Leistungsprinzips gemessen wird.

1) Schenke, Festschrift, 571, 591.

2) Vgl. Solte, NJW 1980, 1027, 1033.

Der Begriff der Stabilität der Ämterorganisation verlangt danach, in seine einzelnen Elemente konkretisiert zu werden, um überhaupt Gegenstand einer verfassungsrechtlichen Beurteilung sein zu können. Er beinhaltet, wie sich seiner Verwandtschaft zum Prinzip der Rechtssicherheit entnehmen läßt, die Forderung nach Kontinuität in der Verwaltung und damit Verlässlichkeit auf die Verwaltung. Sachgerechte Verwaltungsarbeit kann nur geleistet werden, wenn den einzelnen Amtsinhabern die Möglichkeit gegeben werden kann, sich in das jeweilige Aufgabengebiet einzuarbeiten, die Erfahrungen der Vorgänger zu übernehmen, sie mit eigenen Erkenntnissen zu ergänzen und eine klare und nachvollziehbare, sich logisch fortentwickelnde Verwaltungspraxis zu unterstützen.

Der Festigkeit im Inneren entspricht das Vertrauen der Bürger auf die Beständigkeit der Verwaltungen in ihren Entscheidungen. Rechtssicherheit bedeutet auch zugunsten der Bürger, daß sie vor fehlerhaften Maßnahmen der Verwaltung bewahrt werden und sich stattdessen die Konsequenzen ihres Handelns, gemessen an den bisherigen Entscheidungen, vor Augen halten können. Überspitzt formuliert erhöht die "gläserne Verwaltung" die Rechtssicherheit nach innen und nach außen. Diese Idee wird natürlich nicht strikt durchgehalten, sondern durch vielerlei Ausnahmen relativiert, wobei insbesondere an die Veränderung der tatsächlichen Lebensverhältnisse mit dem Bedürfnis nach neuartigen Reaktionen der Verwaltung zu denken ist, ferner an die stets in gewissem Umfang vorhandene Unberechenbarkeit gerichtlicher Verfahrensergebnisse und -

gerade hier bedeutsam - an die schon per Gesetz vorgesehenen vielfachen Wechsel der Amtsinhaber durch Versetzung, Umsetzung, Beförderung etc.

Vor diesem Hintergrund stellt sich nun die Ausgangsfrage, ob das Bedürfnis nach Stabilität der Ämterorganisation soweit geschützt ist, daß es Anfechtungsklagen gegen Ernennungen verbietet.

Kein Problem stellen die Amtshandlungen dar, die der Beamte nach seiner Ernennung bereits vorgenommen hat. Auch wenn die Ernennung später auf eine Anfechtungsklage eines Konkurrenten hin wieder aufgehoben wird, bleiben die einmal getroffenen Maßnahmen wirksam. Zwar wirkt die Aufhebung zurück auf den Zeitpunkt der Ernennung, so daß nie ein Beamtenverhältnis bestanden hat. Doch bestimmt § 14 BBG für den Fall der nichtigen oder zurückgenommenen Ernennung, daß die Amtshandlungen des Ernannten in gleicher Weise gültig sind, wie wenn sie ein Beamter ausgeführt hätte. Diese Regelung und die sonstigen im Zusammenhang mit dem sogenannten faktischen Beamtenverhältnis entwickelten Grundsätze können ohne weiteres auch auf den Fall einer durch Anfechtungsklage beseitigten Ernennung übertragen werden.¹⁾ Im Übrigen tauchen dieselben Fragen auf, wenn ein Beamter Widerspruch und Klage gegen eine Entlassung aus dem Beamtenverhältnis erhebt. Unter dem Aspekt der Rechts-

1) VG Hannover, DVBl. 1977, 584; Günther, ZBR 1979, 93, 109; Jung, S. 179; v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 48; Rammel, S. 67; Solte, ZBR 1972, 109, 114.

sicherheit ist die Beständigkeit einmal erfolgter Entlassungen ebensosehr - oder ebensowenig - schützenswert wie die von der herrschenden Lehre geforderte Beständigkeit einmal erfolgter Ernennungen.¹⁾

Ein Argument gegen die Zulassung einer Anfechtungsklage wird darin gesehen, daß mit der Erhebung der Klage gemäß § 80 Abs. 1 VwGO in bezug auf die angefochtene Ernennung ein Schwebezustand eintritt, der die Arbeit der Verwaltungsbehörden stark belastet.²⁾ Tatsächlich kann die Unsicherheit bei der Vergabe eines einzelnen Amtes sich in sehr unterschiedlicher Weise auf die Leistungsfähigkeit einer ganzen Organisationseinheit auswirken. Je höher die betreffende Position eingestuft ist, desto stärker macht sich die Ungewißheit über die Kontinuität eingeleiteter längerfristiger Maßnahmen bemerkbar. Außerdem kann allenfalls auf unterer Ebene das einzelne Amt isoliert betrachtet werden; ansonsten muß der bestehende Personalplanungszusammenhang im Auge behalten werden³⁾, der verlangt, daß durch eine geschickte Verteilung der in Betracht kommenden Personen auf die zu besetzenden Ämter eine möglichst effektive Verwaltungsarbeit angestrebt wird.

1) Solte, ZBR 1972, 109, 115

2) VG Hannover, DVBl. 1977, 584; Schenke, Festschrift, 571, 589 ff.; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 289; Solte, ZBR 1972, 109, 114; Solte, NJW 1980, 1027, 1034 f.

3) Dazu Siegmund-Schultze, VerwArch. 73 (1982), 137, 147 ff.

Daneben ist der Zusammenhang zu berücksichtigen, in dem alle Folgemaßnahmen stehen, die sich an eine bestimmte Besetzung erst anschließen.¹⁾ Dies betrifft sowohl die sogenannte Beförderungskette, d.h. die Vielzahl von Beförderungen auf das jeweils vom ebenfalls beförderten Vorgänger freigemachte Amt, als auch die Kette von Umsetzungen und Versetzungen. Zudem besteht die durch eine Maßnahme ausgelöste Kette oft aus allen genannten Entscheidungen zugleich.²⁾ Daraus ergibt sich die in praxi äußerst bedeutsame Frage, was zu geschehen hat, wenn die Anfechtungsklage eines Konkurrenten gegen die Ernennung eines Mitglieds einer solchen Kette Erfolg hätte. Zunächst würde der Kläger sich an die Stelle des Ernannten setzen; wo aber bleibt dieser? Es ließe sich zwar daran denken, ihm einen Anspruch auf Rückübertragung des früher von ihm innegehabten Amtes zuzubilligen. Wenn dieses Amt jedoch auch schon wieder besetzt ist, muß es erst einmal freigemacht, d.h. der insoweit inzwischen Ernannte müßte aus dem Amt entfernt werden. Auf Veranlassung (Anfechtungsklage) des ursprünglichen und beförderten Amtsinhabers geht das nur, wenn er der geeigneteren ist und zudem die Anfechtungsfristen noch nicht versäumt sind. Außerdem ist denkbar, daß der mittlerweile Ernannte de facto besser geeignet ist als der "Wegbeförderte." Schließlich fragt sich, ob es gerecht wäre, den beförderten Beamten zum unfreiwilligen

1) Günther, ZBR 1979, 93, 109; Siegmund-Schultze, VerwArch. 73 (1982), 137, 748; Solte, NJW 1980, 1027, 1034.

2) Siegmund-Schultze, VerwArch. 73 (1982), 137, 148.

Kläger und Träger des Klagerisikos zu machen.

Andrerseits wäre auch zu erwägen, dem Dienstherrn die Verpflichtung aufzuerlegen, für die Rückübertragung aller Kettenämter zu sorgen. Aber auch der Dienstherr ist rechtlich nicht in der Lage, eine unanfechtbare und an Art. 33 Abs. 2 GG orientierte Besetzung deshalb wieder rückgängig zu machen, weil der ursprüngliche Amtsinhaber "in der Luft hängt." Noch problematischer wird dieser Gedanke, wenn zwei verschiedene Dienstherrn beteiligt sind.¹⁾ Soll der eine das Recht haben, über die Ernennungsvorgänge beim anderen zu bestimmen? Wer sonst soll im Konfliktfall entscheiden?

Das Kettenproblem läßt sich auch nicht dadurch lösen, daß dem plötzlich überflüssigen Beamten ein ganz anderes Amt zugewiesen wird. Unabhängig davon, daß überhaupt ein adäquates Amt gerade frei sein müßte, wäre erforderlich, daß ein normales Auswahlverfahren stattfindet, aus dem er als Bester hervorgehen müßte. Alles andere, in Sonderheit eine direkte Besetzung, verstieße wiederum gegen Art. 33 Abs. 2 GG!

Am ehesten kann der Kettenproblematik beigegeben werden, wenn die Unanfechtbarkeit einer einzelnen Kettenentscheidung zur Rechtmäßigkeitsgrundlage aller nachfolgenden Besetzungsmaßnahmen erhoben wird. Dann hätte die Verwaltung bei erfolgreicher Anfechtungsklage eines Konkurrenten eine Ernennung aus der Kette alle Folgeernennungen rückabzuwickeln, den status quo wieder herzustellen.

1) Vgl. Siegmund-Schultze, VerwArch. 73 (1982), 137, 149.

Die Rückbesetzung erfolgt insofern ohne Beachtung der Frage, ob die immer noch für das Ursprungsamt am besten geeignet sind. Dabei wird nicht auf das Leistungsprinzip verzichtet, sondern nur die vor der Ernennung vorhandene Eignung als fortbestehend vermutet. Dies rechtfertigt sich dadurch, daß Art. 33 Abs. 2 GG nur bei Ernennungen zu beachten ist, die die sich auf andere Ämter als das innegehabte oder überhaupt auf die erstmalige Erlangung eines Amtes beziehen. Art. 33 Abs. 2 GG greift dagegen nicht ein, wenn lediglich eine Ernennung rückabgewickelt wird. Da die Ernennung unwirksam war, ist der Ernannte so zu behandeln, als wäre er die ganze Zeit Inhaber des alten Amtes geblieben. Die Rückbesetzung ist damit keine Ernennung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG, sondern allenfalls eine deklaratorische Maßnahme zur Bestätigung des alten Zustandes.

Interessenkonflikte entstehen dann, wenn die Unanfechtbarkeit einer Ernennung die Grundlage aller Folgeernennungen bildet, nicht. Kein Beamter besitzt ein schützenswertes Interesse daran, nur deshalb ernannt zu werden oder ernannt zu bleiben, weil ein anderer Beamter zunächst unter Verstoß gegen das Leistungsprinzip befördert worden ist. Solange dessen Beförderung nicht unanfechtbar ist, kann auch das nachfolgende Kettenmitglied nicht auf den Bestand der Beförderung vertrauen.

Es ist allerdings nicht zu leugnen, daß jede Unsicherheit in der Stellenbesetzung und natürlich insbesondere die durch eine mögliche Rückabwicklung einer ganzen Kette hervorgerufene Ungewißheit zu praktischen Problemen führt. Die Einführung von Reformen oder eine Umorganisation innerhalb der Verwaltung ist erschwert, solange die Besetzung der Ämter noch in der Schwebe ist. Ebenso wäre es wenig sinnvoll, einen Beamten in ein neues Gebiet sich einarbeiten zu lassen, wenn unter Umständen der bisherige Amtsinhaber bald wieder zurückkommt. Die praktischen Konsequenzen treten noch stärker hervor, wenn wie üblich das von einem Konkurrenten angestrebte Verwaltungs- und Gerichtsverfahren sich über Jahre hinzieht.

Indessen hat es die Verwaltung in der Hand, den durch den Suspensiveffekt bewirkten Schwebezustand mittels Anordnung der sofortigen Vollziehung zu überwinden, § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO.¹⁾ Das für eine solche Anordnung notwendige besondere öffentliche Interesse am sofortigen Vollzug leitet sich daraus ab, daß alle die anfallenden Aufgaben möglichst bald erledigt werden, was nur durch einen Beamten geschehen kann.²⁾ Darüberhinaus besteht ein starkes Interesse des Staates, sich die Arbeitskraft der ernannten und dann in aller Regel auch zu bezahlenden Mitarbeiter (§ 14

1) Dazu VG Hannover, DVBl. 1977, 584; Rimmel, S. 68; Schenke, Festschrift, 571, 589; Schick, DVBl. 1975, 741, 747; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 289; Solte, ZBR 1972, 109, 114; Solte, NJW 1980, 1027, 1034.

2) VG Hannover, DVBl. 1977, 584; Rimmel, S. 68 m.w.H.

Satz 2 BBG) zunutze zu machen.¹⁾ Dabei kann die Frage offenbleiben, ob ein Konkurrent er mittels des einstweiligen Rechtsschutzes erreichen kann, selbst vorläufig ernannt zu werden. An dieser Stelle genügt die Feststellung, daß das Amt überhaupt mit einem der Bewerber besetzt sein muß, so daß der Schwebezustand insoweit sein Ende findet.

Außerdem kann die Verwaltung selbst dazu beitragen, der Einlegung von Rechtsbehelfen gegen Ernennungen und damit der Gefahr eines Schwebezustandes vorzubeugen. Es liegt in ihrer Macht, durch ein transparentes Auswahlverfahren und eine genaue Begründung der abgelehnten Entscheidungen die Bewerber von der Richtigkeit der getroffenen Auswahl zu überzeugen und die Zahl der Widersprüche zu begrenzen. Allein die sofortige Zustellung eines Ablehnungsbescheides führt zur rapiden Abkürzung der Anfechtungsfristen.²⁾

Wenn auch so der Schwebezustand weitgehend ausgeschaltet werden kann, darf doch nicht verkannt werden, daß auf diese Weise nicht alle praktischen Schwierigkeiten einer Anfechtungsklage beseitigt werden können. Mag für die Dauer des Anfechtungsverfahrens die Rechtslage geklärt sein, so bleibt doch die Möglichkeit, daß der Klage stattgegeben und dem Kläger das Amt übergeben wird. Aus der Sicht der Verwaltung schafft die Anordnung der sofortigen Vollziehung also auch keine endgültige Ämterstabilität. Hierzu ist aber

1) VG Hannover, DVBl. 1977, 584.

2) Dazu Günther, ZBR 1979, 93, 110; Schenke, Festschrift, 571, 588; Solte, NJW 1980, 1027, 1035.

zu bemerken, daß die Anzahl der gerichtlichen Aufhebungen derartig gering sein dürfte, daß die Belastungen für die Verwaltung nicht sehr schwer wiegen. Hinzu kommt, daß es sich bei den Aufhebungen infolge des weitgespannten Beurteilungs- und Ermessensrahmens der Verwaltung nur um Fälle handeln kann, in denen tatsächlich in deutlicher Weise gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen worden ist.¹⁾ Gerade in solchen Fällen spricht alles gegen eine Rechtsbeständigkeit.

Ferner ist nochmals darauf hinzuweisen, daß der Gesetzgeber selbst in bestimmten Fallgruppen das Bestehen eines Schwebezustandes akzeptiert, und zwar immer dann, wenn ein Beamter seine Entlassungsverfügung anfecht. Auch hier treten sämtliche der vorgeschilderten Belastungen auf, ohne daß deshalb die Ansicht geäußert worden wäre, Anfechtungsklagen gegen Entlassungen seien infolge Rechtsbeständigkeit unzulässig.²⁾

Was tatsächlich bleibt ist die Gefahr, daß die Möglichkeit eines Rechtsschutzes im aufgezeigten Umfang für die Verwaltung mehr Umstände³⁾ mit sich bringt, als die bisher geübte Praxis eines stellenweise geradezu sorgenfreien Umgangs mit dem Leistungsprinzip. Praktische Schwierigkeiten, verursacht durch lange Verwaltungsgerichtsverfahren mit offenem Ausgang, lassen sich eben nicht vollends vermeiden.

1) V. Mutius, VerwArch. 69 (1978), 103, 111; Rimmel, S. 69.

2) Rimmel, S. 69, m.W.H.; Schenke, Festschrift, 571, 591.

3) Konow, ZBR 1973, 170, 172.

Allerdings verliert sich das Gewicht der bleibenden Nachteile einer Anfechtungsklage in Gegenüberstellung zur Funktion und Bedeutung des Leistungsprinzips. Auf die Gefahren, die durch eine Verletzung des Art. 33 Abs. 2 GG entstehen, ist bereits an anderer Stelle hingewiesen worden.¹⁾ Schlagwortartig sei hier nur hervorgehoben, daß Patronage das Amt in seine Pfründe zurückverwandelt²⁾ und daß die Berufung eines fachlich wenig befähigten Beamten die Arbeit eines ganzen Verwaltungszweiges auf Jahre hinaus beeinträchtigen kann, ganz zu schweigen von den Gefahren, die durch den Verlust an Glaubwürdigkeit in der Öffentlichkeit entstehen.³⁾ Dies zugrundegelegt, stellt sich die Frage, ob nicht generell die Einhaltung des Leistungsprinzips Vorrang vor dem Wunsch nach Ämterstabilität beansprucht. Die der Verwaltung damit aufgebürdeten Schwierigkeiten verursachen aus rechtsstaatlicher Sicht deutlich weniger Schaden als die unsanktionierte Verletzung des Art. 33 Abs. 2 GG. Langfristige Sicherheit wiegt schwerer als momentane Unsicherheit. Das Ansehen, das eine integre Verwaltung in der Öffentlichkeit genießt, und das Vertrauen, das die Beamten einer solchen Verwaltung entgegenbringen, wiegen die Nachteile eines möglichen Anfechtungsverfahrens bei weitem auf.⁴⁾ Eine Rechtsbeständig-

1) S.o.S. 87 ff.

2) Isensee, Festgabe, 337, 342 f.

3) Bellgardt, S. 19, unter Berufung auf BVerfGE 9, 268, 282.

4) Konow, ZBR 1973, 170, 173.

keit von Ernennungen in dem von der herrschenden Lehre verstandenen Sinn ist daher abzulehnen, so daß eine Anfechtungsklage nicht aus diesem Grunde als unzulässig abgewiesen werden kann.

IV. Vorverfahren und Fristen

Für die Verpflichtungsklage wurde bereits erörtert¹⁾, daß dem Klagverfahren zwangsläufig ein Vorverfahren vorgeschaltet ist, § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO, § 126 Abs 2 Nr. 1 BRRG. Dies gilt auch für die Anfechtungsklage, wenn auch mit Modifikationen, die deshalb notwendig werden, weil es sich bei der Ernennung um einen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung handelt.²⁾ Auch hier ist zu unterscheiden, ob der abgewiesene Bewerber den Ablehnungsbescheid bekommen hat oder nicht.

Sollte ihm - entgegen der üblichen Verwaltungspraxis - ein derartiger Bescheid, mit dem ihm die Tatsache der fremden Ernennung bekanntgegeben wird, zugegangen sein, so hat er binnen eines Monats dagegen Widerspruch zu erheben, § 69 VwGO. Lehnt die Behörde daraufhin mit einem Widerspruchsbescheid die Aufhebung der fremden Ernennung ab, läuft die ebenfalls einmonatige Klagefrist, § 74 VwGO. Diese Fristen treten aber nur in Kraft, wenn den Bescheiden eine Rechtsmittelbelehrung über die Möglichkeit von Anfechtungsmaßnahmen gegen die fremde Ernennung beigefügt ist. Ansonsten, d.h. bei fehlender oder unrichtiger Belehrung, gilt

1) S. o. S. 29 ff.

2) Dazu allgemein: Rammel, S. 73.

gemäß § 58 Abs. 2 VwGO eine Klagefrist von einem Jahr seit Zustellung des Bescheides an den Kläger.

Realistischer ist der Fall, daß der Kläger rein zufällig oder erst durch eigene Nachfrage Kenntnis von der Ernennung eines Konkurrenten erhält, ihm jedenfalls ein entsprechender förmlicher Bescheid nicht zugestellt wird.¹⁾ Die Monatsfristen der §§ 70, 74 VwGO gelten dann nicht. Aber auch § 58 VwGO greift nicht ein, da diese Vorschrift sich nur auf fehlende oder fehlerhafte Rechtsmittelbelehrungen bezieht, nicht aber auf solche Situationen, in denen gar kein Bescheid erteilt worden ist. In diesem Zusammenhang ist es auch nicht möglich, die Bekanntgabe der Ernennung an den Ernannten als Ausgangspunkt für den Lauf der Fristen zu übernehmen. Maßgeblich ist allein der Zeitpunkt der Bekanntgabe an den Betroffenen.²⁾

Ebensowenig kann die tatsächliche Kenntniserlangung des Betroffenen von der Ernennung den Lauf der Rechtsmittelfristen in Gang setzen. Der Grundsatz der Rechtssicherheit verbietet es, auf andere Kriterien abzustellen, als auf die leicht überprüfbaren Daten der von § 58 VwGO genannten Merkmale der Zustellung, Eröffnung oder Verkündung der Entscheidung an den Beschwerten.³⁾

1) S. dazu o.S. 31 f.; vgl. weiter Bellgardt, S. 151 f.

2) BVerwG, NJW 1974, 1260; Bellgardt, S. 151 f.; Eyermann/Fröhler, § 70 RN 7; Redeker/v. Oertzen, § 70 RN 2 m.w.N.; a.A. BayVGH, DVBl. 1965, 93 f.

3) BVerwGE 44, 294, 296; Eyermann/Fröhler, § 70 RN 7; Redeker/v. Oertzen, § 70 RN 2; a.A. Bernhard, JZ 1963, 302, 308.

Dennoch besteht für die nichternannten Bewerber nicht etwa eine zeitlich unbegrenzte Möglichkeit der Anfechtung. Vielmehr gilt auch im Verwaltungsprozeßrecht¹⁾ das Verbot mißbräuchlicher Rechtsausübung und als dessen Unterfall²⁾ das Institut der Verwirkung. Danach kann das öffentliche Interesse an der Erhaltung des Rechtsfriedens es rechtfertigen, die Geltendmachung eines Rechtsbehelfs nach langer Zeit als unzulässig anzusehen.³⁾

Beispielsweise im Baurecht hat sich daraus die Konsequenz ergeben, daß der Nachbar gegen eine Baugenehmigung im Normalfall nur binnen eines Jahres, nachdem er von der Erteilung der Genehmigung Kenntnis erlangt hat, Rechtsmittel einlegen kann; danach würde ihm Verwirkung entgegengehalten.⁴⁾ Daraus leitet sich für das Beamtenrecht die Frage ab, ob auch hier das Institut der Verwirkung anwendbar ist und ggf. welche Fristen es dem Kläger setzt.

Die Heranziehung der Verwirkungsgrundätze ist geradezu geboten, wenn man sich noch einmal die bereits unter dem Aspekt der Rechtsbeständigkeit erörterten Schwierigkeiten vor Augen hält, die sich aus dem langen Lauf der Rechtsmittelverfahren gegen Ernennungsentscheidungen für die Behörde ergeben können. Auch wenn in rechtlicher Hinsicht alle Probleme

1) BVerfGE 32, 305, 308; BVerwG, Buchholz 406. 11 § 30 BBauG Nr. 6.

2) BVerfGE 32, 305, 308; OVG Münster, DÖV 1957, 832; Forsthoff, VerwR, S. 172; Wolff/Bachof I, § 37 III e 1.

3) BVerfGE 32, 305, 308; Wolff/Bachof I, § 37 III e 1; Bender/Dohle, RN 57, 58.

4) BVerwGE 44, 294, 299; vgl. Jung, S. 197.

mindestens überbrückt werden können, so bleibt doch häufig die tatsächliche Unge-
wißheit über den Ausgang der Verfahren. Dar-
aus ergibt sich die Notwendigkeit, die An-
fechtungsfristen auf ein Maß zu reduzieren,
das gemessen an den Erfordernissen der Ver-
waltung und den Befürfnissen des Bürgers noch
zumutbar ist.

In diesem Zusammenhang wird darauf hingewie-
sen, daß der Beamte aufgrund seines besonde-
ren beamtenrechtlichen Dienst- und Treuever-
hältnisses verpflichtet ist, durch zumutba-
res aktives Handeln bei der Erledigung der ihn
betreffenden dienstlichen Angelegenheiten mit-
zuwirken¹⁾, woraus sich die Pflicht ergebe,
sich bei dem Dienstherrn um Auskunft über den
Stand des Verfahrens zu bemühen. Tue er dies
nicht und erlange er deshalb erst sehr spät
Kenntnis von der fremden Ernennung, habe er²⁾
die Möglichkeit eines Rechtsmittels vertan.

Diese Ansicht übersieht zum einen, daß nur die
Bewerber um Beförderungssämter bereits Beamte
sind, die anderen wollen es erst werden. Dem
könnte noch damit abgeholfen werden, daß die
Pflicht zum aktiven Handeln auch auf das Vor-
beamtenverhältnis erstreckt wird. Zum anderen
zieht diese Ansicht zu Unrecht von der Hand-
lungspflicht den Schluß auf eine Erkundigungs-
pflicht. Der Bewerber mag wohl seine eigenen
Interessen verletzen, wenn er sich nicht selbst
rechtzeitig um seine Ernennung kümmert, es

1) Remmel, S. 83 m.H.a. BVerfGE 9, 268; Thie-
me, S. 48 ff.

2) Remmel, S. 83.

trifft ihn aber keine entsprechende Pflicht, die möglicherweise gar vom Staat eingefordert werden könnte. Das Interesse der Verwaltung richtet sich nur auf die Durchführung des Ernennungsverfahrens, nicht etwa auf das Einlegen von Rechtsbehelfen oder deren Vorbereitung,

Richtig ist allerdings, daß die Ergreifung von Maßnahmen gegen eine fremde Ernennung eine Obliegenheit des Konkurrenten darstellt, deren nicht ordnungsgemäße Erfüllung ihm Nachteile bringen kann, beispielsweise in Form von Verjährung oder auch von Verwirkung. Ordnungsgemäße Erfüllung in dieser Hinsicht bedeutet, daß der Konkurrent sich in angemessener Zeit nach Einreichung der Bewerbung an die Behörde wendet und sich nach dem Ergebnis oder dem momentanen Stand des Ernennungsverfahrens erkundigt. Ggf. ist auch ein mehrmaliges Nachfragen angezeigt. Eine solche Erkundigungsmöglichkeit besitzt auch der Bewerber, der keine förmliche Bewerbung abgegeben hat, sondern als vermuteter Bewerber in die Auswahl um ein Beförderungsamts gekommen ist; in aller Regel wird ihm ja bekannt sein, daß eine Besetzung ansteht, für die auch er in Betracht kommt.

Wenn nun ein Bewerber zufällig oder durch eine Nachfrage Kenntnis von der fremden Ernennung erhalten hat, ist es ihm weiter zuzumuten, möglichst bald zu entscheiden, ob Rechtsmittel eingelegt werden sollen. Die bereits genannten beamtenrechtlichen Besonderheiten erfordern es dabei, den Anfangspunkt der Frist möglichst eindeutig bestimmbar festzulegen. Der Zeit-

punkt der Bewerbung¹⁾ scheidet insofern aus, weil diese von Fall zu Fall unterschiedlich weit vor der späteren Ernennung liegt und bei der vermuteten Bewerbung gar nicht fixierbar ist. Ebenfalls schwierig zu ermitteln ist der Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntniserlangung²⁾ von der Ernennung, da über die erfolgten Nachfragen bei der Verwaltung nicht Buch geführt wird und die Kenntnis ja auch aus anderen Quellen gekommen sein kann. Richtigerweise ist als Ausgangspunkt des Fristenablaufs die Ernennung selbst heranzuziehen. Sie stellt den einzigen sicheren feststellbaren Zeitpunkt dar.

Bei der Frage nach der Fristdauer ist zu berücksichtigen, daß der Bewerber eine gewisse Zeit benötigt, bis er durch Nachfrage etc. von der Ernennung erfährt und ihm ferner Gelegenheit gegeben werden muß, die Sach- und Rechtslage zu überprüfen oder überprüfen zu lassen. Insgesamt sind sechs Monate³⁾ dazu ausreichend. Wenn in dieser Zeit nach erfolgter Ernennung bei der Behörde kein Widerspruch eingeht, ist die Ernennung infolge Verwirkung unanfechtbar geworden.

1) Darauf will offenbar Remmel, S. 85, abstellen.

2) Von diesem Zeitpunkt an läßt Bellgardt, S. 152, die Frist laufen.

3) Remmel, S. 84 f.; geht von einer einjährigen Frist aus; ebenso Bellgardt, S. 152.

B. Begründetheit der Anfechtungsklage

Gemäß § 113 Abs. 1 VwGO ist die Anfechtungsklage begründet, wenn die fremde Ernennung rechtswidrig ist und den Konkurrenten in seinen Rechten verletzt.

I. Rechtswidrigkeit der Ernennung

Die Ernennung ist unter Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG zustandegekommen und damit rechtswidrig, wenn der Ernannte nicht der am besten Geeignete unter allen zu berücksichtigenden Bewerbern ist. Auch hier sind den Verwaltungsgerichten durch die für den Beurteilungs- und Ermessensspielraum gezogenen Grenzen starke Beschränkungen in der Überprüfbarkeit auferlegt. Eine Aufhebung der Ernennungsentscheidung wird daher nur sehr selten, eben in den Fällen eines groben Verstoßes gegen das Leistungsprinzip in Betracht kommen.

Zusicherungen verursachen jedenfalls in rechtlicher Hinsicht keine Probleme. Solche Zusicherungen, die dem Ernannten erteilt worden sind, können, wenn sie gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen, weder für die Behörde noch für das Gericht eine Bindungswirkung entfalten. Sind sie dagegen rechtmäßig, d.h. dem Besten gegenüber erteilt, ist die Anfechtungsklage eines Konkurrenten ohnehin zum Scheitern verurteilt.

Ist jedoch der Kläger der Zusicherungsinhaber, kann er sich auf sie nur berufen, wenn er selbst auch tatsächlich der Beste ist; dann

müßte die fremde Ernennung sowieso aufgehoben werden. Ist er aber nicht der Beste, so ist die Zusicherung rechtswidrig und wirkungslos. Diese Überlegungen bestätigen das bereits oben gefundene Ergebnis, daß Zusicherungen im Bereich des Konkurrentenschutzes keine wesentliche Rolle spielen.

II. Rechtsverletzung des Klägers

In der Regel indiziert die Rechtswidrigkeit der Fremdernennung die Rechtsverletzung des Klägers im Sinne des § 113 Abs. 1 VwGO, so daß die Anfechtungsklage dann ohne weitere Prüfung begründet wäre. Dies geht auf die getroffene Feststellung zurück, daß Art. 33 Abs. 2 GG auch dem Schutz der Bewerber dient und sie daher von einer Verletzung des Leistungsprinzips nicht nur reflexartig getroffen werden.

Vereinzelte wird darüber hinaus zu Unrecht verlangt, daß der Kläger selbst auch der Beste sein müßte.¹⁾ Das gilt zwar für die Verpflichtungsklage, hat aber keinen Einfluß auf die Anfechtungsklage. Hier reicht es aus, wenn festgestellt wird, daß jedenfalls der Ernannte nicht der Beste ist. Der Kläger erhält dann in dem zu wiederholenden Auswahlverfahren eine neue Chance; erst dort kommt es auf seine Qualifikation an.

1) Finkelnburg, DVBl. 1980, 809, 812.

2. Abschnitt:

Feststellungsklage, gerichtet auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der fremden Ernennung

Eine Feststellungsklage, mit der nichts anderes begehrt wird als die Feststellung, daß die Fremdernennung auf einem Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG beruht, ist unzulässig. Zum einen wäre eine solche Klage gegenüber der Anfechtungsklage subsidiär, § 43 Abs. 2 VwGO. Zum anderen ermöglicht § 43 VwGO nur die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes, nicht der Rechtswidrigkeit.

3. Abschnitt:

Verfassungsbeschwerde

Eine Verfassungsbeschwerde wird von der herrschenden Meinung für unzulässig erachtet. Der konsequente Grund liegt darin, daß dem Art. 33 Abs. 2 GG keine Schutzfunktion zugunsten der Bewerber zugebilligt oder das Argument der Rechtsbeständigkeit verwendet wird, um zu zeigen, daß eine Aufhebung der Ernennung ohnehin nicht in Betracht kommt.¹⁾ Nach der hier vertretenen Auffassung dagegen, die beide Hinderungsgründe nicht anerkennt, ist eine Verfassungsbeschwerde grundsätzlich möglich.²⁾

1) Seibert, DVBl. 1959, 872.

2) Jung, S. 207; Schick, DVBl. 1975, 741, 747; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, 285, 292 Fn. 77; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 585 f.

Es müssen allerdings die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sein. Vor allem muß gegen die erfolglos erhobene Anfechtungsklage zunächst der Instanzenweg durchlaufen sein.

4. Abschnitt:

Vorläufiger Rechtsschutz

Anders als dann, wenn das begehrte Amt noch nicht besetzt ist, richtet sich der vorläufige Rechtsschutz hier nicht nach § 123 VwGO, sondern nach § 80 VwGO. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift entfalten Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die fremde Ernennung einen Suspensiveffekt.¹⁾ Dies gilt bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung nach herrschender Meinung auch dann, wenn der betroffene Dritte den Widerspruch oder die Klage erhebt.²⁾ Daneben stellt sich aber die Frage, ob der abgewiesene Bewerber zudem über § 123 VwGO seine vorläufige Einweisung in das Amt einreichen kann.

I. Einstweiliger Rechtsschutz nach § 80 VwGO

1. Suspensiveffekt und Anordnung der sofortigen Vollziehung

Verschiedentlich werden Bedenken in der Richtung geäußert, ob angesichts der auf dem Spie-

1) Allg.: Finkelnburg, S. 120 ff.; Lüke, NJW 1978, 81, 82 f.; Papier, JA 1979, 561, 562.

2) BVerwG, NJW 1969, 202, 203; Lüke, NJW 1978, 81, 84; Papier, JA 1979, 561, 567.

le stehenden öffentlichen Interessen eine aufschiebende Wirkung sinnvoll sei, zumal sich die Position der Mitbewerber nicht dadurch verschlechtere, daß der Ernannte bis zur Hauptsache der Entscheidung im Amt bleibe.¹⁾

Diese Bedenken lassen sich jedoch mit dem Hinweis auf § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO zerstreuen, wonach die Ernennungsbehörde im öffentlichen Interesse oder im Interesse eines Beteiligten die sofortige Vollziehung der Ernennung anordnen, d.h. den Suspensiveffekt wieder beseitigen kann.²⁾ Allerdings ist die Anordnung nicht in jedem Fall möglich, sondern setzt das Bestehen eines Interesses voraus, das über jenes hinausgeht, das die Ernennung selbst rechtfertigt.³⁾ Die Anordnung hat nämlich Ausnahmecharakter, so daß eine gewisse Vermutung gegen ihre Zulässigkeit spricht.⁴⁾ Danach ist stets eine Abwägung zwischen dem Interesse des Widerspruchsführers bzw. Klägers am Erhalt der aufschiebenden Wirkung und dem Interesse des Staates oder eines Beteiligten an ihrem Fortfall vorzunehmen.⁵⁾

Eine Anordnung der sofortigen Vollziehung im überwiegenden Interesse eines Beteiligten⁶⁾

-
- 1) Bellgardt, S. 155 f.; Schick, DVBl. 1975, 741, 747.
 - 2) Vgl. allgemein: Lücke, NJW 1978, 81 ff.; Papier, JA 1979, 561, 563 f.
 - 3) Bellgardt, S. 157; allgemein: Finkelnburg, S. 156 ff.; Papier, JA 1979, 561, 564.
 - 4) Bellgardt, S. 157, m.H.a. BVerwGE 35, 382 ff.; Papier, JA 1979, 561, 564.
 - 5) Finkelnburg, S. 57.
 - 6) Dazu: Finkelnburg, S. 164 f.

scheidet im Rahmen des beamtenrechtlichen Konkurrenzschutzes aus. Als Beteiligte kämen nämlich nur die Konkurrenten des Antragstellers in Betracht. Deren Interessen vermögen aber die des Antragstellers kaum zu verdrängen. Auch unter Berücksichtigung der materiellen Probleme des Suspensiveffektes sind die Bedürfnisse des einen nicht größer als die des anderen, ist der eine nicht schutzwürdiger als der andere.¹⁾

Demgegenüber sind es öffentliche Interessen²⁾, die eine Vollziehbarkeitsanordnung im Regelfall erlauben.³⁾ Das bereits beschriebene Bedürfnis an einer Stabilität der Ämterorganisation überwiegt grundsätzlich die Interessen der betroffenen Konkurrenten. Diese Stabilität würde gefährdet, wenn nicht wenigstens vorübergehend der Ernannte im Amt bleiben könnte, sondern die Verwaltung wieder verlassen müßte. Die sich daraus ergebenden Probleme in organisatorischer und auch in finanzieller Hinsicht stehen in keinem Verhältnis zu den Nachteilen, die den Bewerbern durch die sofortige Vollziehung entstehen, insbesondere wenn berücksichtigt wird, daß die Konkurrenten zufriedengestellt sind, wenn die Ernennung zunächst nicht bestandskräftig wird. Ein weitergehendes Bedürfnis, ihren Vollzug zu verhindern, haben sie nicht. Dementgegen besteht sogar ein elementares Verlangen des

1) S.o.S. 222; anders aber Bellgardt, S. 158, der in der materiellen Unsicherheit des Ernannten einen Anordnungsgrund sieht.

2) Finkelnburg, S. 156 ff.; Papier, JA 1979, 561, 564.

3) Schick, DVBl. 1975, 741, 747.

Staates, daß die anfallenden Aufgaben auch bewältigt werden, woraus sich die Notwendigkeit ergibt, alle freien Ämter möglichst rasch - und ggf. vorläufig - zu besetzen. Die Situation einer nicht bestandskräftigen aber doch vollzogenen Ernennung ist dabei nichts Außergewöhnliches; sie tritt auch stets dann ein, wenn ein Beamter gegen seine Entlassung Widerspruch einlegt.

Nach anderer Ansicht sind dagegen besondere Fallumstände erforderlich, die einer Bedrohung der Stabilität der Staatsorganisation nahekommen,¹⁾ was sich daraus ergebe, daß das Interesse am Erlaß des Verwaltungsaktes noch nicht dessen sofortige Vollziehung rechtfertige. Diese Schlußfolgerung ist nicht überzeugend. Die Ernennung wird nur bestimmt durch das allgemeine Bedürfnis des Staates, alle freien Ämter so schnell wie möglich wieder zu besetzen. Demgegenüber geht die Anordnung der sofortigen Vollziehung auf einen anderen Gesichtspunkt zurück, nämlich auf die sich durch eine Stabilität der Amtsverhältnisse ergebenden Probleme. Dabei nimmt es der Vollziehungsanordnung nicht ihren Ausnahmecharakter, wenn sie regelmäßig in den hier zur Debatte stehenden Fällen ergeht.

1) Bellgardt, S. 158.

2. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 VwGO

Die Verwaltungsgerichte können auf Antrag die gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO außer Kraft gesetzte aufschiebende Wirkung wiederherstellen¹⁾, wenn die Nachteile, die dem Staat durch den Suspensiveffekt entstehen, von den Nachteilen überwogen werden, die dem Konkurrenten durch die sofortige Vollziehung erwachsen. Dabei hat zuerst eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten einer in der Hauptsache erhobenen Klage stattzufinden.²⁾ Die Interessen des Staates gehen dann vor, wenn sich bereits im Aussetzungsverfahren feststellen läßt, daß die Ernennung offensichtlich rechtmäßig ist; andererseits wird dem Antrag des Konkurrenten stattzugeben sein, wenn die fremde Ernennung offensichtlich rechtswidrig ist. Nur wenn eine offensichtliche Beurteilung nicht möglich ist, wird eine Einzelfallabwägung zwischen den beteiligten Interessen notwendig, also zwischen dem Interesse des Staates an der sofortigen Vollziehung und dem Interesse des Antragstellers an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.³⁾

Hier gilt dann wieder im Regelfall, daß das staatliche Bedürfnis, instabile Verhältnisse zu vermeiden, dem Wunsch der Konkurrenten nach der Wiederherstellung des Suspensiveffektes

1) Bellgardt, S. 159 ff.; Lüke, NJW 1978, 81, 83 f.; Papier, JA 1979, 561, 565.

2) Lüke, NJW 1978, 81, 83 f.; Papier, JA 1979, 561, 566; kritisch u. differenzierend: Finkelnburg, S. 196 f.

3) BVerwG, Buchholz 310 § 80 VwGO Nr. 24; OVG Hamburg, DVBl. 1963, 931, 933; OVG Lüneburg, DVBl. 1961, 520.

vorgeht. Ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO hat damit nur in seltenen Fällen Erfolg.

II. Vorläufige Amtseinweisung des Klägers

Sollte es dem Kläger gelungen sein, die Ernennung rückgängig zu machen oder in der Schwebe zu halten, so fragt sich, ob er selbst seine vorläufige Einweisung in das Amt erreichen kann. Diese Situation entspricht der im ersten Kapitel geschilderten, in der das Amt noch gar nicht besetzt war. Eine vorläufige Zuweisung ist danach theoretisch zwar über § 123 VwGO möglich, wird aber in der Praxis aus den genannten Gründen kaum vorgenommen werden.¹⁾

3. Kapitel:

Rechtslage bei der Übertragung eines höherwertigen Amtes zum Zwecke der Bewährung

Konkurrenzsituationen entstehen nicht nur als sogenannte Amtskonkurrenz beim Streit um die Vergabe eines Amtes im statusrechtlichen Sinn, sondern auch bei der Besetzung funktionell-konkreter Ämter ohne gleichzeitige Statusveränderung des Betroffenen. Hier kann zur Verdeutlichung des Unterschiedes von einer "Dienstpostenkonkurrenz" gesprochen werden.

1) S. o. S. 180.

Diese Art der beamtenrechtlichen Konkurrenz hat ihre Ursache darin, daß der Besetzung eines Dienstpostens Einfluß auf eine spätere Beförderungsentscheidung zukommen kann.¹⁾

Gemäß § 12 Abs. 2 Satz 1 BLV i.V.m. § 11 Satz 1 BLV kann nämlich ein Beförderungssamt grundsätzlich nur demjenigen Beamten verliehen werden, der seine Eignung für den höher bewerteten Dienstposten in einer Erprobungszeit nachgewiesen hat. Die Dauer der Erprobungszeit soll ein Jahr nicht übersteigen, § 11 Satz 3 BLV. Der Ableistung eines Erprobungsdienstes ist es gleichgestellt, wenn der Beamte sich bereits auf einem anderen Dienstposten der gleichen höheren Bewertung bewährt hat, § 11 Satz 4 BLV. Nur unter den engen Voraussetzungen des § 11 Satz 2 BLV kann ganz auf eine Erprobungszeit verzichtet werden, so daß es dann ausschließlich auf die Leistungen des Beamten auf dem niedriger bewerteten Dienstposten ankommt, § 12 Abs. 2 Satz 2 BLV.

Neben diesen Fällen der direkten Beziehung zwischen Dienstpostenvergabe und Beförderung treten die Situationen des sogenannten mittelbaren Zusammenhangs. Hier dient die Übertragung des höher bewerteten Dienstpostens nicht dem Ziel einer späteren Beförderung, sie ist jedoch die Voraussetzung dafür. Dieser Fall tritt immer ein, wenn eine Beförderung zwar im Moment nicht vorgesehen ist, weil eine entsprechende Planstelle fehlt oder nicht besetzt werden soll, aber es durchaus möglich erscheint, daß irgendwann doch einmal eine Planstelle verfügbar wird.

1) Vgl. Hessischer VGH, ZBR 1977, 370 f

In allen vorgenannten Fällen besteht ein Interesse derjenigen Beamten, die das höher bewertete Amt anstreben, an einer Vorabübertragung des entsprechenden Dienstpostens, entweder um sich bewerben zu können oder um sich sonst eine geeignete Ausgangsbasis für die Beförderung zu schaffen. Ist der Dienstposten bereits einem Konkurrenten übertragen worden, geht das Interesse des Mitbewerbers dahin, die Übertragung wieder rückgängig zu machen, um sich selbst eine neue Chance zu eröffnen. Neben einer Beschreitung des Klageweges kann dabei auch der einstweilige Rechtsschutz zum Tragen kommen.

Die Überlegungen machen deutlich, daß die Problematik derjenigen der Amtskonkurrenz entspricht, so daß im wesentlichen zunächst auf die Darlegungen des ersten und zweiten Kapitels zu verweisen ist. Im folgenden sollen nur die Besonderheiten der Dienstpostenkonkurrenz hervorgehoben werden.

A. Klage auf Übertragung des noch freien Dienstpostens an den Kläger

Die richtige Klageart bestimmt sich danach, welche rechtliche Qualität der Maßnahme zukommt, mit der dem Kläger der Dienstposten zugewiesen wurde. Dies wiederum hängt davon ab, ob es sich um eine Versetzung handelt, also um die dauernde Übertragung (Zuweisung) einer anderen Amtsstelle - eines anderen konkreten funktionellen Amtes - bei einer anderen Dienststelle (Behörde) desselben oder eines anderen Dienstherrn unter Verlust der bisher-

gen Amts- und Planstelle, aber unter Beibehaltung des bekleideten Amtes im dienstrechtlichen Sinne¹⁾, oder ob eine Umsetzung vorliegt d.h. die - dauernde oder vorübergehende - Übertragung (Zuweisung) einer anderen Amtsstelle - eines anderen konkreten funktionellen Amtes - innerhalb derselben Dienststelle (Behörde) unter Beibehaltung des bekleideten Amtes im dienstrechtlichen Sinne.²⁾

Hinsichtlich einer Versetzung ist anerkannt, daß sie einen Verwaltungsakt darstellt.³⁾ Das richtige Mittel zu ihrer gerichtlichen Durchsetzung ist daher die Verpflichtungsklage. Es gelten damit dieselben Grundsätze wie im ersten Kapitel erläutert.

Dagegen muß zur Erzwingung einer Umsetzung die allgemeine Leistungsklage erhoben werden.⁴⁾ Es ist zwar umstritten⁵⁾, ob die Umsetzung einen Verwaltungsakt⁶⁾ oder lediglich eine verwaltungsinterne Organisationsmaßnahme⁷⁾ darstellt.

-
- 1) Im einzelnen: Battis, BBG § 26 Anm.1b; Thiele, DÖD 1981, 69 f.; Wolff/Bachof II, § 112 III c; vgl. § 26 BBG.
 - 2) Im einzelnen: Battis, BBG § 26 Anm. 1 b; Thiele, DÖD 1981, 69, 70.
 - 3) Thiele, DÖD 1981, 69, 70 m.w.N.
 - 4) Günther, ZBR 1979, 93, 106; a.A.: Bühren, ZBR 1975, 205, 206 f.; Thiele, DÖD 1981, 69, 72.
 - 5) Vgl. Menger, VerwArch. 72 (1981), 149, 150.
 - 6) OVG Rheinland-Pfalz, DÖD 1975, 114; Hessischer VGH, Hess. VGRspr. 1976, 70, 71; Battis, BBG § 26 Anm. 1 b; Wolff/Bachof II, § 112 III a 2.
 - 7) Achterberg, VerwR, S. 182 Fn. 50; s. auch OVG Münster, Urt. v. 15.7.1976 -XII A 544/75- aufgehoben durch BVerwG, DVBl. 1980, 882 ff.

Teilweise wird die Verwaltungsaktsqualität grundsätzlich verneint, anders sei es nur, wenn die Umsetzung den Beamten in seiner persönlichen Rechtsstellung beeinträchtigt.¹⁾ Zuzustimmen ist dagegen der vom Bundesverwaltungsgericht geäußerten Auffassung, die einen Verwaltungsakt nur annimmt, wenn zusätzlich zu der hoheitlichen Regelung des Einzelfalls das Element einer unmittelbaren Außenwirkung hinzutritt, wobei es darauf ankommt, ob die Maßnahme ihrem objektivem Sinngehalt nach dazu bestimmt ist, Außenwirkung zu entfalten, nicht aber darauf, wie sich die Regelung im Einzelfall tatsächlich auswirkt; danach bildet die Umsetzung keinen Verwaltungsakt. Zu ihrer Erzwingung muß daher die allgemeine Leistungsklage erhoben werden.²⁾

Auch für die Vergabe von Dienstposten gilt das in Art. 33 Abs. 2 GG verankerte Leistungsprinzip, so daß der Kläger einen Anspruch auf Übertragung besitzt, wenn er von allen in Betracht kommenden Bewerbern der Beste ist. Zu bedenken ist allerdings, daß sich die Eignungsprüfung nicht bereits definitiv auf das neue Amt beziehen kann; dann wäre eine zusätzliche Bewerbung überflüssig. Der Beste ist vielmehr derjenige, der nach seinen bisherigen Beurteilungen etc. am ehesten auch für die höher bewerteten Dienstposten geeignet erscheint.

1) BVerwG, DVBl. 1980, 882 ff.; zustimmend Menger, VerwArch. 72 (1981), 149, 150 ff.; im Ergebnis ebenso: Günther, ZBR 1978, 73, 84; Günther, ZBR 1979, 93, 106; Scheerbarth/Höffken, S. 330; Thiele, DÖD 1981, 69, 72.

2) Günther, ZBR 1979, 93, 106; Thiele, DÖD 1981, 69, 72.

Hier wird ebenfalls die gerichtliche Prüfung durch den Beurteilungs- und Ermessensspielraum beschränkt, so daß eine Verurteilung der Behörde zur Übertragung des Dienstpostens auf den Kläger nur ganz ausnahmsweise erfolgen wird.

Schon eher denkbar ist allerdings ein Anspruch des Klägers darauf, daß eine seitens der Behörde ins Auge gefaßte Besetzung des Dienstpostens mit einem Konkurrenten verhindert wird, wenn dieser nicht der Beste ist. Auch hierfür ist eine allgemeine Leistungsklage zu erheben, und zwar auf Unterlassung, vergleichbar mit der vorbeugenden Unterlassungsklage für Verwaltungsakte. Voraussetzung ist aber, daß die Besetzung tatsächlich konkret bevorsteht und nicht nur als möglich erscheint.

B. Klage auf Rücknahme der Besetzung des Dienstpostens

Die vorstehenden Ausführungen gelten entsprechend, wenn es dem Bewerber darum geht, die bereits erfolgte Übertragung des Dienstpostens an einen Konkurrenten wieder rückgängig zu machen.¹⁾ Je nachdem, ob die Stelle im Wege der Versetzung oder der Umsetzung besetzt worden ist, muß der Bewerber eine Anfechtungs- bzw. eine allgemeine Leistungsklage erheben. Die Klage ist begründet, wenn der ausgewählte Konkurrent nicht der Beste ist.

1) Vgl. Günther, ZBR 1979, 93, 106.

Erfolgt die Aufhebung der Besetzung, hat ein neues Auswahlverfahren stattzufinden, in dem dann auch der Kläger eine neue Chance erhält.

C. Vorläufiger Rechtsschutz

Hinsichtlich beider in den vorhergehenden Abschnitten aufgezeigter Fallgruppen ist auch die Möglichkeit vorläufigen Rechtsschutzes ins Kalkül zu ziehen. Dazu kann in bezug auf die Versetzungen als Verwaltungsakte in vollem Umfang auf die Ausführungen zum vorläufigen Rechtsschutz für Ernennungen verwiesen werden.

Wenn es sich dagegen in der Hauptsache um eine allgemeine Leistungsklage handelt, greift § 123 VwGO ein, wobei wiederum die Regelungsanordnung des Abs. 1 Satz 2 in Betracht kommt. Der Anordnungsgrund ergibt sich dabei aus dem Umstand, daß ohne Erlaß der Anordnung der ausgewählte Bewerber Wettbewerbsvorteile gegenüber den Konkurrenten gewinnt, weil er, wenn auch rechtlich angreifbar, so doch tatsächlich bereits die Möglichkeit hat, sich zu bewähren. Dieser Vorsprung wird ihm bei allen weiteren Auswahlverfahren immer zugute kommen, während er die Konkurrenten benachteiligt. Deshalb ist es notwendig, die Gefahr ungerechtfertigter Vorteile sofort im Keim zu ersticken.

Hinsichtlich des Sicherungsanspruchs bei § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO bzw. des Regelungsgrundes i.S. von Satz 2 dieser Vorschrift gilt

gleichfalls das oben Gesagte.¹⁾ Es kommt auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsacheklage an. Eine einstweilige Anordnung ergeht dann nicht, wenn die Leistungsklage offensichtlich ohne Erfolg ist. Ist sie aber offensichtlich zulässig und begründet, ist weiter erforderlich, daß dem Antragsteller ein Abwarten auf die Hauptsacheentscheidung nicht zugemutet werden kann, wovon im Regelfall auszugehen ist.²⁾ Kann eine Offensichtlichkeit weder in der einen noch in der anderen Richtung festgestellt werden, hat die Einzelfallabwägung zu erfolgen, in der ebenfalls im Normalfall die Interessen des Antragstellers überwiegen.

Der Inhalt der einstweiligen Anordnung ist darauf gerichtet, für die Zeit des Hauptsacheverfahrens eine Regelung zu treffen, die weder die Hauptsache vorwegnimmt noch über die mögliche Hauptsacheentscheidung hinausgeht. In Anerkennung dieser Prämisse ist zunächst denkbar, dem Dienstherrn zu verbieten, den Dienstposten vorläufig zu vergeben.³⁾ Möglich ist weiter die Verpflichtung des Dienstherrn dazu, die bereits erfolgte Vergabe wieder rückgängig zu machen. Dagegen scheidet eine vorläufige Besetzung des Dienstpostens mit dem Antragsteller in der Regel aus.

Abschließend bleibt festzuhalten, daß Rechtsschutzmaßnahmen dann, wenn es um die Dienstpostenkonkurrenz geht, eher zum Erfolg führen werden, als im Bereich der Amtskonkurrenz. Der

1) S.o.S. 175 f.

2) S.o.S. 175 f.

3) Z.B. VGH Mannheim, ZBR 1977, 369;
Günther, ZBR 1979, 93, 107.

Grund ist darin zu sehen, daß die Übertragung eines Dienstpostens zwar eine Vorwirkung für die spätere Beförderung¹⁾ haben mag, aber dennoch nicht so eine einschneidende Maßnahme darstellt, wie die Beförderung selbst oder eine Ernennung.²⁾ Diese geringere Festigkeit der Dienstpostenvergabe äußert sich schon darin, daß die §§ 11, 12 BBG auf sie keine Anwendung finden und die Vergabe daher nach den allgemeinen, weiter gefaßten Bestimmungen zurückgenommen werden kann.

3. Teil:

Schluß

Die Untersuchung hat gezeigt, daß ein grundlegender Unterschied zwischen der Stellenplanung und der Stellenvergabe besteht. Im Bereich der Stellenplanung kann die Verwaltung sich auf das ihr eingeräumte verwaltungspolitische Ermessen berufen, auf das der Bürger keinen Einfluß besitzt. Dagegen steht der Bewerber im Stellenvergabeverfahren auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechts den beamtenrechtlichen Personalentscheidungen keineswegs ohnmächtig gegenüber, sondern kann im Gegenteil auf ein breites Spektrum verschiedener Rechtsschutzmöglichkeiten zurückgreifen. In Betracht kommt dabei insbesondere die Verpflichtungsklage mit dem Ziel der eigenen Ernennung bzw.

1) OVG Rheinland-Pfalz, DÖD 1975, 114.

2) Dazu Günther, ZBR 1979, 93, 106.

Beförderung, die Anfechtungsklage gerichtet auf Aufhebung der fremden Ernennung sowie die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes gemäß § 80 VwGO. Wenn es um die Vergabe beförderungsträchtiger Dienstposten geht, kann er die entsprechenden Ziele mit der allgemeinen Leistungsklage, evtl. ebenfalls unter Zuhilfenahme einstweiligen Rechtsschutzes, verfolgen.

Die Eröffnung des Rechtsschutzes wird ermöglicht durch ein gewandeltes Verständnis von der Aussage und Bedeutung des in Art. 33 Abs. 2 GG niedergelegten Leistungsprinzips. Diese Verfassungsvorschrift schafft eine Rechtsbeziehung zwischen den Bewerbern und der Einstellungsbehörde, die es jedem einzelnen Bewerber gestattet, sich an die Gerichte zu wenden, wenn das Auswahlverfahren nicht ausschließlich an den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung ausgerichtet ist. Für die Zulässigkeit der Rechtsbehelfe ist es dabei ausreichend aber auch erforderlich, daß der Bewerber behauptet, er sei für die Stelle am besten geeignet bzw. auf den genannten Konkurrenten treffe dies nicht zu.

Durch das Zugeständnis der Klagemöglichkeiten an die Bewerber wird die Arbeit der Verwaltung nicht unzumutbar behindert oder erschwert. Vielmehr wird die zugegebenermaßen während des Laufs der Rechtsmittelfristen und der evtl. Gerichtsverfahren eintretende Unsicherheit der Behörde im Hinblick auf den Bestand der getroffenen Entscheidung durch den Zugewinn an Leistungsfähigkeit und Ansehen der Staatsverwaltung mehr als kompensiert. Langfristig betrachtet erleidet der Staat nicht Schaden durch die Zulassung des Konkurrentenschutzes,

sondern eher durch seine Verweigerung mit der Konsequenz einer kaum zu bekämpfenden Patronage.

Dies anzuerkennen heißt nicht, die Hände auch schon in den Schoß legen zu dürfen. Die theoretische Möglichkeit der gerichtlichen Inanspruchnahme ist nur die eine Seite des Problems, ihre praktische Ausnutzbarkeit die andere. Was hilft es dem betroffenen Bewerber, wenn er zwar Klage erheben aber nicht ausreichend substantiiert darlegen kann, daß das Auswahlverfahren sich nicht an Art. 33 Abs. 2 GG orientiert hat, weil er als Außenstehender faktisch nicht in der Lage ist, die komplexe Leistungsbewertung der Behörde nachzuvollziehen. Hier ist die Verwaltung aufgerufen, Abhilfe zu schaffen. Es ist ein Gebot und eine Forderung des Rechtsstaatsprinzips und des Gleichheitssatzes, daß die Transparenz des Auswahlverfahrens erheblich gesteigert und jedem Bewerber eine ihn sachgerecht informierende Begründung seiner Ablehnung zugestellt wird.¹⁾ Der Staat, der auf der einen Seite Hüter der Gerechtigkeit und der Chancengleichheit ist, kann nicht auf der anderen Seite gerade diese Institute durch eine Geheimniskrämerei bei der Stellenbesetzung außer Kraft setzen. Dies unterscheidet ihn grundlegend von einem Arbeitgeber der Privatwirtschaft.

In diesem Zusammenhang wird bereits seit längerer Zeit eine stärkere Formalisierung des Auswahlverfahrens verlangt.²⁾ Die Mittel

1) Vgl. auch: Gusy, DÖD 1979, 201, 207.

2) Z.B. Achterberg, DVBl. 1977, 541, 548; Konow, ZBR 1973, 170, 172.

und Wege dazu sind von der Wirtschaftswissenschaft weitgehend erarbeitet und durch die Verwaltungslehre auch dem öffentlichen Dienstrecht in einer auf dessen konkrete Bedürfnisse zugeschnittenen Form zugänglich gemacht worden. Allerdings gestaltet sich ihre Anwendung mehr als zögerlich.

Die Formalisierung hat damit zu beginnen, daß für alle Dienstposten im einzelnen festzulegen ist, welche Aufgaben auf ihnen zu erfüllen und wie sie zu bewerten sind. Sodann muß die Ernennungsbehörde sich darüber klar werden, welche Anforderungen an den künftigen Dienstposteninhaber mindestens zu richten sind, damit er der Aufgabenstellung am ehesten gerecht werden kann (Anforderungsprofil); ferner müssen die über die Mindestanforderungen hinausgehenden wünschenswerterweise vorzuweisenden Eignungsmerkmale bestimmt werden; außerdem ist schon jetzt festzuhalten, nach welchen (Ermessens-) Kriterien die Auswahl im Fall der Leistungsgleichheit mehrerer Bewerber stattfinden soll. Dabei ist darauf hinzuweisen, daß ein einmal gestelltes Anforderungsprofil keine unbeschränkte Gültigkeit beanspruchen kann. Je nach Art des Dienstpostens ist es vielmehr regelmäßig zu überprüfen und ggf. zu ändern.¹⁾ Nach Eingang der Bewerbungen ist die Befähigung jedes Bewerbers genauestens - soweit vertretbar - zu ermitteln (Befähigungsprofil) und mit den Anforderungen des Amtes zu vergleichen. Das (negative) Ergebnis muß dem Bewerber gegenüber in einem Verwaltungsakt soweit begründet werden, daß er es nachvollziehen kann. Damit reduziert die Behörde

1) Achterberg, DVBl. 1977, 541, 548.

zugleich die Anzahl der von enttäuschten Bewerbern eingelegten Rechtsbehelfe und verkürzt zudem deren Fristen.

Wenn die Verwaltung diese Forderungen nicht in die Tat umsetzt und stattdessen ihre Personalentscheidungen den betroffenen Bewerbern weiterhin teilweise als das nicht zu verstehende Produkt eines geheimnisvollen Verfahrens erscheinen, wird sie den Verdacht der Patronage, jedenfalls der nicht am Leistungsprinzip ausgerichteten Verfahrensweise, nicht abschütteln können. Dies widerstrebt dem Gedanken des Art. 33 Abs. 2 GG einschließlich der Gewährung eines auch in diesem Bereich des öffentlichen Rechts effektiven Rechtsschutzes i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG.

L e b e n s l a u f

Am 23.04.1954 wurde ich als Sohn des Realschullehrers Ferdinand Salfer und seiner Ehefrau Hilde, geborene Rippe, in Celle geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Von 1961 bis 1965 besuchte ich die Volksschule in Syke, von der ich dann auf das neusprachlich-mathematische Gymnasium überwechselte. Hier bestand ich am 18.05.1973 das Abitur. Mit dem Wintersemester 1973/74 begann ich das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Westfälischen-Wilhelms-Universität zu Münster. Dieses schloß ich am 30.09.1978 mit der ersten juristischen Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht Hamm ab. Nach dem anschließenden juristischen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm bestand ich am 30.04.1981 das zweite juristische Staatsexamen beim Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf. Seit Juni 1981 bin ich als Rechtsanwalt tätig, zunächst in Münster und seit Januar 1983 in Syke.

